ENTSCHEIDUNGEN DES GROSSHERZOGLICHEN MECKLEANBURGISCHEN...

Mecklenburg-Schwerin (Germany) ...





Mecklenburg-Schwerin. Oberappellations-gericht

Entscheidungen

des

Großherzoglich Mecklenburgischen Oberappellationsgerichts zu Rostock.

Achter Band.

Neue Folge. Dritter Band.

Herausgegeben

von

Dr. Johann Friedrich Budde.



Wismar, Rostock und Ludwigslust.
Druck und Verlag der Hinstorff'schen Hofbuchhandlung.
1874.

Inhalts-Verzeichniss.

I. Civilproceß.

II. Privatrecht.

A. Allgemeine Lehren.

B. Sachenrecht.

C. Obligationenrecht.

D. Familien- und Erbrecht.

III. Staats- und Kirchenrecht.

I. Civilprocess.

1. Armenrecht des Vaters im Processe für ein minderjähriges Hauskind. Ga. 603/$_{1872}$.

Der Hauswirth G. zu R. klagte für seinen minderjährigen Haussohn wegen einer demselben von dessen Arbeitgeber zugefügten schweren Mißhandlung auf Schadensersatz und beanspruchte das volle Armenrecht, weil sein Sohn ganz mittellos sei. Das Gesuch wurde abgeschlagen und dieser Bescheid durch das Oberappellationsgericht unterm 30. September 1872 bestätigt.

Denn das Römische Recht bestimmt zwar nur ausdrücklich, daß der Vater die Kosten der Processe, welche er in Beziehung auf die **bona adventitia** des Hauskindes führt, zu bestreiten habe. Aber diese Bestimmung der **l. 8 §. 3 C. de bonis quae liberis (6, 61)** wird darauf gestützt, daß das Kind sonst ein Vermögen habe. Hieraus läßt sich ein Argument dafür entnehmen, daß er die Kosten der Proceßführung für sein dürftiges Hauskind aus eigenen Mitteln herzugeben hat, wie es denn auch in

l. 5 §. 12 D. de agnoscendis et alendis (25, 3)

allgemein heißt:

non tantum alimenta, verum etiam caetera quoque onera liberorum patrem ab judice cogi praebere.

Jedenfalls steht der Vater zu der Person und dem Vermögen seines minderjährigen Hauskindes in einem Verhältnisse, welches ihm nicht blos das Schutzrecht gewährt, sondern auch die Schutzpflicht auferlegt,

Gerber, Deutsches Privatrecht § 240 not. 2,

und kraft dessen er dem Kinde nicht, wie der sonstige Vormund,

bloß äußerlich als dessen Vertreter vermöge eines in dieser Beziehung besonders begründeten obligatorischen Verhältnisses zur Seite steht. Die natürliche Schutzpflicht enthält von selbst die Verbindlichkeit des Vaters, die Ansprüche seines minderjährigen Hauskindes, welche er für gerecht hält, gerichtlich und außergerichtlich geltend zu machen, und zwar auf eigene Kosten, wenn das Kind kein Vermögen hat,

Reinhard, in der Zeitschrift für Civilrecht, Neue Folge Bd. 13, Seite 148,

Gensler, im Handbuche Abhandl. VI. §. p. Nr. I, 4 und Nr. II, Seite 245 f.,

und ohne daß er sich dadurch zum Gläubiger des Kindes macht, gleichsam als wenn er die Kosten für dasselbe bloß verlegt hätte. Es kommt also bei Processen, die der Vater im Interesse des minderjährigen Haussohnes führt, zur Ertheilung des Armenrechts nicht bloß auf die Armuth des letzteren an; vielmehr muß auch ersterer für seine Person Anspruch auf das Beneficium haben.

---

2. Gerichtsstand des Erfüllungsortes.

Du. 421/1873.

Der Particulier D. zu S. forderte von dem Erbpächter P. zu K., dem er für seine beiden Erbpachthufen einen Pächter verschafft habe, den für diese Leistung angeblich bedungenen Maklerlohn. Die Klage wurde bei dem Amtsgerichte S., zu dessen Sprengel der Ort K. gehört, angebracht. Dasselbe erklärte sich indessen für unzuständig, da der Beklagte gerichtskundig nicht mehr im dortigen Gerichtsbezirke wohne, sondern nach Hamburg oder Altona gezogen sei. Diese in zweiter Instanz bestätigte Entscheidung wurde vom Oberappellationsgerichte auf weitere Beschwerde des Klägers unterm 15. Mai 1873 wiederaufgehoben

und das Amtsgericht angewiesen, andere sachliche Verfügung auf die Klage zu treffen.

Denn, wenn dem Querulanten freilich darin nicht beizustimmen ist, daß der Querulat wegen seiner fortdauernden Angesessenheit im Gerichtssprengel des Amtsgerichtes S., so wie wegen der Möglichkeit, daß er nach Beendigung des über seine beiden zu K. belegenen Erbpachtgrundstücke abgeschlossenen Pachtcontractes dahin wieder zurückkehren werde, als noch gegenwärtig in K. wirklich domicilirt anzusehen sei, so steht doch fest, daß derselbe früher und insbesondere zur Zeit desjenigen Vertrages, aus welchem die gegenwärtige Klage erhoben worden ist, daselbst sein Domicil gehabt und solches erst später nach Altona verlegt hat.

Schon nach allgemeinen Grundsätzen würde in Berücksichtigung der obwaltenden Umstände anzunehmen sein, daß das zur Zeit des Contractsabschlusses bestehende Domicil des Beklagten zugleich der Erfüllungsort der eingegangenen Verbindlichkeit sein sollte. Dafür spricht, daß es sich hier um eine Leistung handelte, die ihrer Beschaffenheit nach nicht an einen bestimmten Ort gebunden, und hinsichtlich deren vorauszusetzen war, daß der Schuldner sie von seinem Wohnorte aus machen werde. Hierauf kommt es für die Begründung des sogenannten **forum solutionis** nach Demjenigen, was

v. Savigny, System Bd. VIII, Seite 219 f. und Seite 223 ff., desgleichen Seite 227 sub V,

und ebenso

Wetzell, System, 2. Aufl., § 41 zu not. 15 bis 18,

ausführen, wesentlich an, nicht darauf, wohin die Leistung zu beschaffen ist.

Für das heutige Recht sind die Artikel 324 und 325 des allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches bestimmend, welche nach dem einheimischen Einführungsgesetze hinsichtlich der Erfüllung aller Verbindlichkeiten gelten. Erfüllungsort ist nach Art. 324, wenn er nicht in Gemäßheit des Absatzes 1 zu bestimmen ist, der Ort, an welchem der Verpflichtete zur Zeit des Contractsabschlusses seinen Wohnsitz hatte, und im Art. 325,

Absatz 2, wird der Ort, an welchem nach Artikel 324 zu erfüllen ist, der gesetzliche Erfüllungsort in Betreff des Gerichtsstandes genannt, bei welchem es ungeachtet der Bestimmung im Artikel 325, Absatz 1, verbleiben soll.

---

3. Eid. Tod des Schwurpflichtigen vor Ableistung des bereits angenommenen Schiedseides.

Lu. 639/$_{1868}$.

Die Erben eines Beklagten, der nach Annahme eines ihm angetragenen Eides gestorben war, ohne daß Kläger den Schwurtermin ausgebracht hatte, baten, zur Fortrückung der Sache zu erkennen, daß der Eid, da nur der Tod dessen Ableistung verhindert habe, als geschworen zu betrachten sei, und von diesem Standpunkte aus sodann die daraus sich ergebende sachliche Entscheidung zu treffen. Dieser Antrag wurde abgelehnt. Das Oberappellationsgericht bemerkte zu seinem bestätigenden Querelbescheid vom 3. December 1868:

> Der Satz, daß ein angenommener Schiedseid für geschworen gelte, wenn der Eidespflichtige vor der Ableistung sterbe, ohne die Annahme widerrufen zu haben,
>
> Wetzell, Civilproceß § 25, Seite 232 ed. II,
>
> ist in der gemeinrechtlichen Doctrin nnd Praxis nicht zu allgemeiner und unbedingter Anerkennung gebracht, hat vielmehr schon seit geraumer Zeit, abgesehen von dem Falle, daß die Eidesleistung durch Schuld des Deferenten verzögert war, die communis doctorum opinio gegen sich.
>
> Vergl. Glück, Commentar Bd. XII, Seite 308 ff. und die dort citirten Schriftsteller, und von den Neueren
>
> Linde, Civilproceß § 311,
>
> Bayer, Vorlesungen, Seite 909, ed. IX.

Die Erwägung, auf welche jener Satz in Ermangelung einer gesetzlichen Basis ehemals zurückgeführt zu werden pflegte, daß ein Sterbender, eingedenk seines Seelenheils, einen angenommenen Eid, den er mit gutem Gewissen nicht würde schwören können, ohne Zweifel noch vor dem Tode ablehnen werde, beruht auf Voraussetzungen, welche — wie Glück a. a. O. bereits richtig bemerkt hat — nicht immer zutreffen, und ist überhaupt ungeeignet, einer durchgreifenden Rechtsregel als Grundlage zu dienen. Eben so wenig kann zugegeben werden, daß die Erben des Delaten, so ferne sie nur **de credulitate** zu schwören im Stande und verpflichtet sein würden, im Vertrauen auf die Redlichkeit ihres Erblassers den von diesem bereits acceptirten Eid stets leisten könnten, ihr Eid mithin, als ein überflüssiger, ungeschworen bleiben müsse, denn der Credulitätseid der Erben hat ja nicht bloß ihren Glauben an die sittliche Integrität der Persönlichkeit des Verstorbenen und dessen Wahrheitsliebe, sondern ihre eigene, nach allen Seiten hin wohlbegründete Ueberzeugung von der Richtigkeit der eidlich zu erhärtenden Thatsache, insbesondere ihr eigenes Nichtwissen vom Gegentheile, zum Inhalte. Demnach konnten im vorliegenden Falle zur Fortrückung der Sache diejenigen Verfügungen, welche dem von den Querulanten gestellten Antrage entsprechen würden, nicht erlassen werden.

---

4. Schätzung des Streitgegenstandes für die Rechtsmittelinstanzen. So. 1726/$_{1872}$.

Aus einem Querelbescheide vom 6. Juni 1872.

Aus dem Satze des § 4 **sub II** der Verordnung vom 15. Januar 1861, daß der Werth aller Beschwerden einer Partei zusammenzurechnen ist, folgt für den Fall, daß schon eine

der Beschwerden allein einen Werth von über 300 Thlr. hat, von selbst die Zulässigkeit eines dritten Spruches für die sonstigen Beschwerden minderen Werthes. Die generelle Fassung des Gesetzes ergreift auch die Fälle mit, wenn der Streitgegenstand der einen Beschwerde bloß deshalb, weil er eines sicheren Geldanschlages nicht fähig ist, zum Werthe von über 300 Thlr. angenommen werden muß, und wenn ferner die einzelnen Beschwerden sich auf verschiedenartige Ansprüche beziehen; es genügt, daß letztere in einem einheitlichen Proceßverfahren verbunden sind. So wie solche Zusammenrechnung aller Beschwerden derselben Partei gegen das erste Erkenntniß ausnahmelos eintritt, so findet sie auch — abgesehen von der exceptionellen Behandlung der Injuriensachen — gegen die zweite Entscheidung statt, in so weit diese nicht über Beschwerden des Interponenten, welche insgesammt den Werth von 300 Thlr. nicht übersteigen, ergangen ist.

---

5. Tragweite der Rechtsmittel gegen Prioritätserkenntnisse im Concursprocesse. Zi. 142/1873.

Durch die Verordnung vom 29. Januar 1646 ist festgestellt, daß der Concursgläubiger, welcher einer ihm vorgesetzten Forderung mit Erfolg den Rang streitig macht, an die Stelle des besiegten Gegners rückt, so weit es zu seiner Befriedigung erforderlich ist, während die zwischen beiden Parteien stehenden Creditoren ihren Platz behalten und durch den Ausgang des ohne ihre Betheiligung durchgeführten Streites weder gewinnen noch verlieren. Damit ist eine an die l. 16. D. qui pot. (20, 4) sich anlehnenende Controverse

Schweppe, System des Concurses der Gläubiger, § 139,
Bayer, Theorie des Concursprocesses, §. 67, Anm. 6,
Dernburg, Das Pfandrecht II., S. 262 ff.,

für das mecklenburgische Recht durchgreifend entschieden. Es wird aber dabei vorausgesetzt, daß der gegen das Prioritätsurtheil appellirende Gläubiger die Rechtsbeständigkeit der Forderung des Appellaten anerkennt.

In dem Debitwesen eines Gutsbesitzers waren die ersten auf das Grundstück eingetragenen Posten, welche der Gemeinschuldner selbst durch Erbgang erworben hatte, der Generalmasse zugewiesen. Ein weit zurückstehender Specialmassengläubiger bestritt diese Location und verlangte für seine nach dem Stande der Masse ausfallende Forderung an jener der Generalmasse überwiesenen Stelle vor den in der Mitte stehenden Intabulaten befriedigt zu werden. Dieser Anspruch wurde vom Oberappellationsgerichte durch Bescheid vom 18. September 1873 zurückgewiesen aus folgenden Gründen:

Wenn auch die Intabulate des verstorbenen Z. auf den Betrag der dem Cridar als Erben zugefallenen Antheile erloschen waren, mithin ohne Weiteres zu Gunsten der Specialmasse cessiren mußten, so folgt daraus doch keineswegs, daß der Appellant zur Befriedigung seiner Forderung Fol. 39 c. usur. die Ueberweisung der, unrichtiger Weise durch die Prioritätssentenz sub I. d, f, g, i der Generalmasse aus der von dem Erbpachtgute E. c. pert. gebildeten Specialmasse zuerkannten Beträge bis zur Summe von 1000 Thlr. Cour. mit Zinsen zu 5 pCt. seit Johannis 1870 fordern kann. Den locus der Intabulate Fol. 1—10 (resp. 5—10), 13—18 und 21—23 hat er nicht beanstandet, da er überall nicht behauptet, daß seiner Forderung Fol. 39 diesen Intabulaten gegenüber ein besseres Recht, ein Recht auf Praelocirung zustehe. Was er bestritten hat, ist die Existenz der Intabulate, soweit dieselben durch die Prioritätssentenz der Generalmasse zugesprochen sind. Der Streit betrifft daher nicht die Priorität, sondern die Liquidität. Die eigenthümliche, durch die Verordnung vom 29. Januar 1646 sanctionirte Wirkung des Obsieges eines Gläubigers im Prioritätsstreite, wonach er, unter Ueberspringung der zwischen beiden Posten in der Mitte stehenden Creditoren, bis zum

Betrage seines Liquidats in die Stelle des unterliegenden, ihm vorlocirt gewesenen Gläubigers einrückt, findet mithin im vorliegenden Falle nicht Statt. Durch den Obsieg kann der Appellant niemals mehr erreichen, als daß die fraglichen Intabulate, so weit sein Interesse geht, gestrichen werden, also nur erlangen, daß bei der prioritätsmäßigen Vertheilung der Aufkunft aus der Specialmasse die beregten Intabulate bis zu den der Generalmasse zugewiesenen Beträgen als erloschen, als nicht vorhanden angenommen werden, und daß ihm als **percipiendum** zukomme, was unter Berücksichtigung des Wegfalls dieser Beträge nach Befriedigung der sonstigen, ihm nach Ausweis des Hypothekenbuches für E. vorgehenden Forderungen für sein Intabulat **Fol.** 39 von der zu vertheilenden Aufkunft übrig bleibt.

---

6. Massenseparation im Concurse. Ko. 1411/1872.

Bescheid vom 24. Juli 1872.

Nach der ausdrücklichen Bestimmung der revidirten Ritterschaftlichen Hypothekenordnung §. 16 wird durch den Inhalt des Hypothekenbuches nur das Gut, als solches, also dessen Substanz ergriffen, und nach der weiteren Bestimmung des §. 2 **sub** 4 daselbst werden sogar solche von dem Hauptgute abgesonderten Ländereien, welche wegen der ihnen für dieses dauernd gegebenen wirthschaftlichen Bestimmung gemeinrechtlich für Pertinenzen desselben gelten würden, in Hinsicht auf die Verschuldbarkeit zum Hypothekenbuche nur dann als Pertinenzen des Hauptgutes betrachtet, wenn sie im Hufenkataster als solche aufgeführt stehen. Hiedurch bestimmt sich daher auch der Sinn des §. 32 daselbst, wonach in Concursen das Gut eine besondere Masse bildet, aus welcher die darauf eingetragenen Gläubiger vorzugsweise zu befriedigen sind, und es ist deshalb schon hienach klar, daß die zur

Zeit der Concurseröffnung bereits separirten Früchte, wenn dieselben auch noch auf dem Gute befindlich sind, um deswillen, weil sie auf selbigem erzeugt worden, nicht ohne Weiteres zu dieser Masse gehören.

Die besondere Bedeutung der Verordnung vom 25. Mai 1813 Dem gegenüber beruht daher auch nur darauf, daß ihr zufolge bei ausgebrochenem Concurse und eintretender Massenseparation nicht blos diejenigen Früchte, welche seit der formellen Concurseröffnung von dem Gute gewonnen sind, der Masse desselben zugerechnet werden sollen, sondern auch diejenigen, welche bei vorausgegangenen concursmäßigen Einleitungen seit der Zeit gewonnen sind, seit welcher in Folge hievon nach Maßgabe der damals hiefür normirenden Verordnung vom 31. März 1812, wie jetzt der Verordnung vom 17. December 1834, dem Gemeinschuldner der Genuß des fruchttragenden Gegenstandes entzogen war.

Nur vermöge besonderer, außerhalb dieser Bestimmungen liegender Gründe würden daher, da die Früchte als solche, wenn auch in gewissen rechtlichen Beziehungen als Accession, doch nicht als Pertinenz der fruchttragenden Sache gelten, bestimmte Arten der vor den hier fraglichen Zeitpunkten gewonnenen Früchte als Pertinenz des sie erzeugt habenden Grundstücks behandelt und deßhalb der durch dasselbe im Concurse gebildeten Specialmasse zugewiesen werden können. Dies ist nun zwar gemeinrechtlich hinsichtlich des auf einem Landgute gewonnenen, wie auch des hiezu angeschafften, zur Streu für das Vieh und danach unmittelbar zur Düngerproduction für die Bewirthschaftung des Gutes, somit zur Verwendung in dessen Substanz bestimmten Strohes, gerade so, wie hinsichtlich des Düngervorrathes selbst nach Maßgabe der l. 17 § 2 D. de actionibus emti venditi (19, 1), der Fall. Hinsichtlich des Heues fehlt es aber an einer solchen ausdrücklichen Bestimmung, und da das Heu, gleichwie andere Futterkräuter, unmittelbar für die Ernährung des auf dem Gute gehaltenen Viehes bestimmt ist, der Viehbesatz selbst auch, wenngleich in gewissem Umfange fast nach allen neueren Gesetzbüchern, so doch nach gemeinem, und unbestritten auch nach

unserem besonderen Mecklenburgischen Rechte nicht als Pertinenz des Landgutes gilt, für dessen Bewirthschaftung er dient und auch nothwendig ist, so läßt sich für das Heu auch aus denjenigen allgemeinen Gesichtspunkten, welche für das Pertinenzverhältniß einer Sache zu einer anderen, als der Hauptsache, welcher zu dienen sie bestimmt ist, maßgebend sind, die Pertinenzqualität für das Grundstück, auf welchem es geworben ist, nicht ableiten. Insbesondere läßt sich dieselbe auch daraus nicht folgern, daß im Interesse einer kräftigeren Ernährung des auf dem Gute gehaltenen Viehes und mittelbar auch der Gewinnung des von diesem zu erzeugenden Düngers dessen Eigenthümer regelmäßig kein Heu verkauft, vollends dann nicht, wenn, wie meistentheils der Fall, der gewonnene Futtervorrath nur gerade den Bedarf deckt, oder doch nicht erheblich übersteigt. Eben aus diesem Grunde kann daher auch aus dem hiedurch gebotenen Verhalten der Landwirthe, wie allgemein dasselbe auch vorkommt, kein Schluß auf ein darin sich kundgebendes Gewohnheitsrecht gebildet werden. Sicher ist ferner, daß der Eigenthümer eines Landgutes hinsichtlich der Veräußerung von Stroh und Heu rechtlich unbeschränkt ist, und daß ebenso keine bindende Norm besteht, welche da, wo in Successionsfällen das Lehn vom Allod sich scheidet, den vorhandenen Heuvorrath den Lehnserben zuwiese. Mögen daher auch immerhin für verschiedene Arten kleinerer Besitzungen, deren Inhaber nur ein Erbpachtrecht, oder ein nießbräuchlicher Genuß, oder gar ein bloßes Zeitpachtrecht zusteht, in den hier bemerkten Beziehungen abweichende Bestimmungen getroffen sein: für Landgüter läßt sich daraus Nichts folgern.

Eben so wenig würde endlich im vorliegenden Falle eine Pertinenzqualität des bei der Concurseröffnung und der wenige Tage nach derselben Statt gehabten Inventur vorgefundenen Vorraths von Wiesen- und Kleeheu dadurch begründet sein, daß etwa die bei Feststellung der Verkaufsbedingungen für das Gut thätig gewesenen Gläubiger der Specialmasse, wie der Generalmasse, indem sie vereinbarten, daß das bei der Tradition noch vorräthige Heu uno pretio mit verkauft werden solle, hiebei

von der irrthümlichen Annahme einer demselben zukommenden Pertinenzqualität ausgegangen wären. Denn es ist ein allgemein anerkannter Satz, daß der Irrthum über bestehende Rechtsverhältnisse deren Bestand selbst nicht zu ändern vermag, und so würde hier gerade einer derjenigen Fälle vorliegen, in welchen, wie Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, III., Seite 363 ff., treffend ausführt, der Irrthum die Möglichkeit der Annahme einer stillschweigenden Erklärung des Willens ausschließt, einerlei ob derselbe entschuldbar war oder nicht. Eben deshalb kann daher auch aus dieser demnächst ausgeführten Vereinbarung kein Verzicht der Gläubiger der Generalmasse auf Ersatz des Werthes der im Interesse der Specialmasse verfütterten Heuvorräthe gefolgert werden.

Es könnte sich daher schließlich nur noch fragen, ob ihnen nicht, der Billigkeit entsprechend, dieser Ersatz wenigstens so weit zu versagen wäre, als sie denselben bereits durch die ihnen zu Gute gekommenen Erträgnisse der Kuh- und Schafheerde an Milch, Butter und Wolle gefunden haben, wie dies in dem in diesen Verhandlungen mehrfach in Bezug genommenen, zu einer anderen Sache ergangenen Querelbescheide des Oberappellationsgerichts vom 24. Juli v. J. bestimmt worden ist. Allein die vorliegende Rechnung des curator bonorum weist nach, daß in solcher Beziehung für sie weiter nichts aufgekommen ist, als ein Ertrag von 1 Thlr. 37 ßl. 6 pf. für verkaufte Milch. Ein so äußerst geringfügiger Betrag kann aber dem Nutzen gegenüber, welchen die Specialmasse aus dem fortdauernden Besitze der Heerden gezogen hat, begreiflicher Weise für die hier zu treffende Entscheidung nicht weiter in's Gewicht fallen.

---

7. Zur Auslegung des §. 20 der Executionsordnung. Ho. 101/$_{1870}$. Str.

Der auswärts wohnende Eigenthümer eines städtischen Grundstücks war von einem eingetragenen Gläubiger wegen eines Zinsrückstandes in foro rei sitae belangt. Da er nach rechtskräftiger Verurtheilung nicht zahlte, wurde auf Antrag das gesetzliche Subhastationsverfahren eingeleitet, vor dessen Beendigung jedoch in foro domicilii des Schuldners Generalconcurs über sein Vermögen eröffnet. Der bestellte Actor communis machte hiervon unter Vorlegung seiner Legitimation dem Stadtgerichte Anzeige mit dem Ersuchen, die Subhastationsacten an das Concursgericht abzugeben und bis auf dessen Requisition das weitere Verfahren einzustellen, wurde aber ablehnend beschieden. Im Querelwege erlangte er zwar eine seinem Antrage entsprechende Entscheidung, allein das Oberappellationsgericht stellte auf weitere Querel der interessirenden Realgläubiger das erstinstanzliche Abschlagsdecret durch Bescheid vom 28. April 1870 wieder her.

Gründe:

Der §. 20 des Gesetzes vom 30. September 1857 legt der im Executionswege verfügten Subhastation von Grundstücken alle Rechtswirkungen eines Specialconcurses bei mit alleiniger Ausnahme derjenigen Beschränkungen, welche aus dem Begriffe einer Executionsvollstreckung nothwendig sich ergeben. Zu den Beschränkungen dieser Art, über deren Bedeutung der zweite Absatz der citirten Gesetzesstelle näheren Aufschluß ertheilt, gehört die positive Vorschrift, daß in Folge der Einleitung eines concursmäßigen Verfahrens, beziehungsweise der Eröffnung des Concurses über das Gesammtvermögen des Exequenden alle anhängigen Executionen sistirt werden sollen, durchaus nicht, weil dieselbe aus dem Wesen der Hülfsvollstreckung als solcher nicht folgt; und wenn demgemäß das Gesetz ausdrücklich sagt, daß dadurch der Verkauf der Grundstücke nicht gehemmt werde, so kann das dem gan-

zen Zusammenhange nach nur dahin verstanden werdeu, daß der Verkauf eben in dem bereits anhängigen und nach den dafür geltenden Vorschriften selbständig durchzuführenden Specialconcurse geschehen soll. Es liegt also hier eine wahre Ausnahme von der, als ausnahmsloses Princip nicht anzuerkennenden Regel vor, daß der allgemeine Concurs unter Leitung des dafür zuständigen Gerichts das ganze disponible Vermögen des Cridars ergreift und die einstweilige Einstellung aller wider ihn rechtskräftigen Specialprocesse nach sich zieht.

Die nach der Ansicht des **Actor communis** mit dieser Sachbehandlung verbundenen Schwierigkeiten sind in der That nicht vorhanden, da der Erlös aus dem subhastirten Grundstücke ganz nach den für den Concursproceß geltenden Regeln vertheilt wird. Alle Gläubiger, welche im allgemeinen Concurse aus der Specialmasse des Grundstücks ihre Befriedidigung zu suchen hätten, werden auch im Specialconcurse nach derselben Reihenfolge locirt. Dies gilt namentlich auch von denjenigen, deren Forderungen kraft besonderen Privilegiums vor den intabulirten aus der Gutsmasse, mithin als Realforderungen zu befriedigen sind, und, so fern sie von Amtswegen keine Berücksichtigung zu finden haben, auch auf die im Specialconcurse erlassenen Proclame angemeldet werden müssen. Daß einige Hypothekenordnungen, zu denen übrigens die im vorliegenden Falle normirende revidirte Stadtbuchordnung nicht gehört, auch privilegirte Forderungen kennen, welche nur eventuell auf die Gutsmasse angewiesen sind, ist für die hier zu entscheidende Frage gleichfalls ohne Bedeutung, da der Betrag solcher Liquidate erforderlichen Falles hinterlegt werden kann, bis sich herausstellt, ob das übrige Vermögen des Schuldners zu deren Deckung hinreiche. Was endlich das factische Interesse betrifft, welches die Concursgläubiger wegen des aus der Gutsmasse zu leistenden Kostenbeitrags an der Ueberleitung des Specialconcurses in den allgemeinen unstreitig haben, so ist dasselbe als ein rechtlich begründetes nicht anzuerkennen, und steht daher der selbstän-

digen Durchführung des einmal anhängigen Subhastationsverfahrens nicht im Wege.

Mit der prioritätsmäßigen Distribution der Kaufgelder ist der Specialconcurs als solcher zu Ende. Das Executionsverfahren, welches dazu die Veranlassung gab, hat damit aber nur dann zugleich seinen Zweck erreicht, wenn der Extrahent zu den befriedigten Realgläubigern gehörte. Ist seine Forderung eine chirographarische, würde er sich also nur an den Ueberschuß halten können, so muß er dann allerdings auf den inzwischen ausgebrochenen allgemeinen Concurs, zu dessen Generalmasse der Ueberschuß alsdann abgeliefert wird, sich einlassen, und insofern bleibt es richtig, daß der Ausbruch des Concurses auch in das Subhastationsverfahren, als einfache Execution aufgefaßt, hemmend eingreift.

II. Privatrecht.

A. Allgemeine Lehren.

8. Domicilium necessarium der Hauskinder. Oo. 135/$_{1873}$.

Die unverehelichte H. war schon in ihrem ersten Lebensjahre von der in einer mecklenburgischen Stadt wohnenden Schwester ihres Vaters als Pflegekind angenommen und mit Zustimmung des Vaters, welcher in Preußen gewohnt hatte und von dort nach Amerika ausgewandert war, dauernd in diesem Verhältniß geblieben. Beim Tode der Pflegemutter, deren Erbin sie wurde, hatte sie zwar das 21., nicht aber das 25. Lebensjahr zurückgelegt. Es wurde ihr deshalb ein Curator bestellt, sie wandte dagegen ein, daß sie nach dem am Wohnorte ihres Vaters geltenden Rechte als volljährig zu behandeln sei, wurde aber mit dieser Beschwerde zurückgewiesen durch Bescheid vom 12. Januar 1874.

Denn wenn auch Hauskinder regelmäßig das Domicil des Vaters theilen, so ist doch nicht ausgeschlossen, daß dieselben noch während des Bestehens der väterlichen Gewalt ein anderes Domicil als dasjenige ihres Vaters erlangen können.

l. 3. 4 D. ad municipalem (50, 1).

l. 2. C. de incolis (10, 39).

Wie bevormundete minderjährige Personen ihren bisherigen Wohnort zu dem Rechtseffecte einer Domiciländerung mit Zustimmung der Vormundschaft und der Obervormundschaft zu verlegen im Stande sind, so ist dies auch bei Hauskindern der Fall, sobald der Vater seinen Consens dazu ertheilt.

Glück, Commentar, Bd. VI, Seite 268, 278.

Und es ist nur eine Consequenz aus den Grundsätzen über die **patria potestas** und die väterliche Vormundschaft, wenn der weitere Satz aufgestellt wird, daß der Vater ein von seinem Wohnsitze verschiedenes Domicil seinem minderjährigen Hauskinde constituiren kann, so daß es auf die **voluntas domicilii** des letzteren überall nicht ankommt, mithin für das letztere ein selbständiges Domicil entsteht und besteht, wenn und so lange die von dem Vater für das minderjährige Hauskind getroffene Wahl des Wohnsitzes factisch ausgeführt wird. Ob aber der Wille des Vaters so weit reicht, ist **quaestio facti.** Von entscheidender Bedeutung wird es indessen sein müssen, ob der Vater sein Kind bleibend und für immer aus seinem Hausstande auszuscheiden beabsichtigt oder nicht. Liegt eine solche Absicht vor, und tritt noch hinzu, daß der Vater, unter Zurücklassung des Kindes an dem durch ihn bestimmten Orte, in einen andern Welttheil auswandert, so erscheint die Annahme unbedenklich gerechtfertigt, daß der Vater dem Kinde an dem betreffenden Orte ein eigenes selbständiges Domicil habe schaffen wollen.

---

9. Constitutum possessorium.

Mu. 840/1872.

Der Kaufmann L. zu S. vindicirte von dem Pächter M. zu A. 110 Schafe aus dessen Gutsheerde, welche er von dem früheren Pächter S. um den Betrag einer ihm zustehenden Waarenforderung gekauft hatte. In der schriftlichen Vertragsurkunde war bestimmt, daß die Schafe in den nächsten Tagen nach dem Handelsabschlusse von beiden Contrahenten ausgesucht und dem Käufer zu Eigenthum übergeben, sodann aber einstweilen in der Detention des Verkäufers verbleiben und erst, wenn dieser nicht binnen vier Wochen von dem ihm bis dahin vorbehaltenen Rückkaufsrechte Gebrauch mache, zur freien Verfügung des Käufers

stehen sollten. Durch Beweiserhebung wurde festgestellt, daß die Schafe von den Contrahenten ausgewählt und gezeichnet; es blieb aber streitig, ob darin eine für den Eigenthumserwerb des Käufers ausreichende Besitzesübertragung zu befinden sei. Das Oberappellationsgericht bejahte diese Frage durch Bescheid vom 20. Febr. 1872.

Gründe:

Es kann sich nur fragen, ob eine Besitzesübertragung in der Rechtsform eines **constitutum possessorium** zu Stande gekommen ist. Dazu würde allerdings das Zeichnen der Schafe für sich allein nicht ausgereicht haben, da diese Handlung auch lediglich zu dem Zwecke vorgenommen sein könnte, um dem Kaufgeschäfte ein individuell bestimmtes Object zu geben; es mußte noch die mit Sicherheit erkennbare Willenseinigung der Contrahenten hinzukommen, daß S. die gezeichneten Thiere nicht mehr in eigenem Namen, sondern als Stellvertreter des Klägers besitzen solle. Eine die Handlung selbst begleitende ausdrückliche Willenserklärung dieses Inhalts war indessen nicht erforderlich, und ist auch an der von dem Appellanten citirten Stelle der hiesigen Entscheidungen Bd. 5 Seite 64 nicht gefordert. In dem dort mitgetheilten Rechtsfalle lagen Erklärungen der Parteien vor, wonach eine wirkliche Tradition durch Uebertragung der Gewahrsam vollzogen werden sollte, die dann aber gleichwohl unterblieb. Unter solchen Umständen mußte allerdings gesagt werden, daß eine beabsichtigte, aber unvollzogen gebliebene Tradition noch kein **constitutum possessorium** sei, weil es an jeder auf den Abschluß eines solchen gerichteten Willenserklärung überhaupt fehle. Gerade diese in jenem Falle vermißte Erklärung hat im vorliegenden schon durch die Vertragsurkunde im Voraus einen deutlichen Ausdruck gefunden. Es ist nicht vereinbart, daß die Schafe erst gezeichnet und dann noch besonders übergeben, sondern daß sie ausgesucht und übergeben werden sollten; daß aber diese Uebergabe eben durch die Zeichnung ohne Uebertragung des körperlichen Sachbesitzes geschehen sollte, ergiebt sich klar aus der folgenden Bestimmung. Denn danach verbleiben die Schafe während der Rückkaufsfrist in der Obhut und Pflege

des Verkäufers und fallen erst nach deren unbenutztem Ablaufe der freien Verfügung des Käufers anheim, obwohl das Eigenthum sofort auf ihn übergeht, mithin für den Eintritt jener Eventualität eine weitere Uebergabe nicht in Aussicht genommen wird.

---

10. Klagverjährung. Unterbrechung derselben.

Ae. $240/_{1872}$.

Aus den Entscheidungsgründen eines Urtheils vom 11. Mai 1872.

Der Kläger (Kaufmann A. in Rostock) verkennt nicht, daß alle Positionen seiner eingeklagten Rechnung des Jahres 1866 unter den §. 1, 1 des Gesetzes vom 12. Mai 1855 fallen, mithin der dort vorgeschriebenen Verjährung von drei Jahren unterliegen; er sucht aber zu zeigen, daß die in Gemäßheit des § 2, 1 zu berechnende Frist nicht schon am 31. December 1866, sondern erst am letzten Tage des folgenden Jahres begonnen habe, folglich bei der im Laufe des Jahres 1870 Statt gehabten Eröffnung des gegenwärtigen Rechtsstreites noch nicht verstrichen gewesen sei. Er hält sich nämlich für berechtigt, den Fälligkeitstermin und damit auch den Anfang der Verjährungsfrist von den Tagen, an welchen er die in Rechnung gestellten Waaren geliefert hat, auf den 1. Januar des folgenden Kalenderjahres zu verlegen, beruft sich dafür aber auf ganz unhaltbare Argumente. Der in Bezug genommene Artikel 24. III. 6. des hiesigen Stadtrechts steht ihm nicht zur Seite, sanctionirt vielmehr ganz ausdrücklich den gemeinrechtlichen Satz, daß Kaufgeschäfte in Ermangelung gegentheiliger Abrede sofort nach Abschluß des Vertrages von beiden Seiten durch Lieferung der Waare und Zahlung des Preises zu erfüllen sind und macht auch bei Kaufmannswaaren nicht von dieser, sondern nur von der weiteren Regel eine Ausnahme, daß der nicht sofort gezahlte, aber auch nicht ausdrücklich creditirte Preis von Zeit der Waarenlieferung

an verzinst werden muß, auch wenn dieserhalb nichts vereinbart ist, indem Kaufleute unter dieser Voraussetzung des ersten Jahres Zinsen nicht anrechnen sollen. Daneben bleibt es natürlich auch dem Kaufmann, wenn er diese Zinsen nicht entbehren will oder wenn er seinem Abnehmer mißtraut, ebenso wie jedem anderen Verkäufer unbenommen, den fälligen Preis für die gelieferte Waare schon vor Ablauf des ersten Jahres zu fordern und eventuell einzuklagen. Es existirt auch kein locales Gewohnheitsrecht, welches ihn daran hinderte. Zwar wird es richtig sein, daß die hiesigen Kaufleute aus nahe liegenden Gründen, die sich aller Orten in ähnlicher Weise wirksam zeigen werden, bekannten Personen, deren Ehrlichkeit und Solvenz außer Zweifel ist, Waaren verabfolgen, ohne sofortige Zahlung zu begehren und daß es hier im Allgemeinen üblich ist, in solchen Fällen, wenn nicht früher Zahlung angeboten wird, mit der Rechnungszustellung bis zum Beginn des nächsten Kalenderjahres zu warten; allein diese rein factische Ueblichkeit bindet nicht und stellt den Kaufmann keineswegs vor die Alternative, entweder sofortige Zahlung begehren oder eine bestimmte Frist bedingen zu müssen, widrigenfalls der Preis unwiderruflich bis Neujahr creditirt sei. Niemand bezweifelt, daß es jedem Kaufmanne freistehe, von der herrschenden Sitte, regelmäßig nur Neujahrsrechnungen auszuschreiben, beliebig abzugehen, wenn und so oft er es in seinem Interesse für gut befindet, mit allen oder einzelnen Kunden in kürzeren Fristen abzurechnen und fällige Waarenforderungen schon vor dem Ende des laufenden Jahres einzuziehen. Kein Gericht wird eine solche Klage als verfrühet zurückweisen, wie denn auch namentlich im Concurse eines Kaufmanns die nicht ausdrücklich creditirten Preise für die im laufenden Jahre gelieferten Waaren vom Güterpfleger ganz zweifellos sofort gefordert werden können, ohne daß ihm die Einrede entgegensteht, die Schuld sei erst nach Neujahr fällig.

Ist hienach die Verjährungseinrede unbedenklich als begründet anzuerkennen, so fragt sich weiter, ob dieselbe durch die Replikbehauptung, daß Beklagter während der Jahre 1867, 68, 69 wiederholt seine in der Klageanlage A. specificirte Rechnungs-

schuld dem Kläger gegenüber ausdrücklich anerkannt und Zahlung verheißen habe, elidirt werde. Das vorhin citirte Landesgesetz handelt von der Unterbrechung laufender Verjährungen im §. 3, bestimmt aber nur deren Wirkung und läßt die Frage, unter welchen thatsächlichen Voraussetzungen eine Unterbrechung eintrete, insbesondere also die bekannte gemeinrechtliche Controverse, ob eine einfache mündliche Anerkennung der Schuld dazu ausreiche, ganz unberührt, mithin unentschieden. Da die Justinianischen Rechtsbücher eine durchgreifende Antwort auf diese Frage nicht geben, sondern nur bestimmten einzelnen Anerkennungsacten, namentlich der Ausstellung eines neuen Schuldscheins (l. 7. §. 5. C. de praescr. XXX. ann. [7. 39]), der Leistung einer Abschlagszahlung (l. 5. C. de duob. reis. [8. 40]), der Entrichtung von Zinsen (l. 19. C. de fide instrum. [4. 21]) und der Bestellung eines Pfandes (l. 7. §. 5. cit.) ausdrücklich unterbrechende Kraft beilegen, so ist neuerdings sogar der Zweifel angeregt worden, ob es überhaupt statthaft sei, über diese positiven Entscheidungen unserer Rechtsquellen hinauszugehen und daraus eine allgemeine Regel zu abstrahiren.

Bruns, das constitutum debiti, in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 1, Seite 108.

Nach der herrschenden Meinung ist dies allerdings zulässig, doch wird die aufzustellende Regel den quellenmäßigen Exemplificationen entsprechend zu limitiren sein. Von diesem Standpunkte aus fordert Savigny (System des heutigen Römischen Rechts Bd. V. Seite 314 ff.), daß die Anerkennung durch eine Handlung erfolgt sei, welche die Natur eines Rechtsgeschäfts hat. Diesem Erfordernisse würde allerdings genügt sein, wenn der Beklagte im Laufe der Verjährungsfrist die ihm zugestellte, mit den betreffenden Ansätzen der Anlage **A ad** 1 **pr.** übereinstimmende Rechnung des Jahres 1866 auch nur mündlich ausdrücklich anerkannt und deren Zahlung versprochen hätte, es würde ferner nur einer einmaligen solchen Anerkennung zu einem beliebigen Zeitpunkte bedurft haben, um die Forderung beim Beginne dieses Processes als noch unverjährt erscheinen zu lassen, allein eine nähere Zeitangabe war doch, wie Kläger selbst zugiebt, schon

deshalb nöthig, damit der Beklagte sich auf die Replikbehauptung mit der erforderlichen Bestimmtheit duplicirend einlassen und im Streitfalle eine ausreichend präcise Beweisauflage erfolgen konnte. War nämlich der Beklagte nicht verpflichtet, die Replikbehauptung zu beantworten, durfte er vielmehr die Erklärung darauf ablehnen, so kann er auch nicht in Folge des Ausschlusses seiner Duplikhandlung als geständig angenommen werden. Die schriftlichen Schuldbekenntnisse und Zahlungsversprechen, welche in den beiden Briefen des Beklagten vom 24. Juli und 12. September 1870 zu finden sein könnten, sind erst ertheilt, als die Forderungen aus dem Jahre 1866 bereits verjährt waren, nehmen auf diese Forderungen gar nicht speciell Bezug und erfüllen durch ihren Inhalt in keiner Weise diejenigen Voraussetzungen, unter welchen nach der Vorschrift des §. 4, 2 leg. cit. durch ein neues Zahlungsversprechen eine bereits verjährte Schuld wieder für drei Jahre klagbar wird.

---

11. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

Si. 1768/1873.

Im Concurse des Brauers S. in P. forderte der Gemeinschuldner die Trennung des Vermögens seiner Ehefrau von der Debitmasse, weil er mit derselben nicht in der an ihrem Wohnorte geltenden Gütergemeinschaft gelebt habe. In der That waren die Eheleute übereingekommen, daß sie in getrennten Gütern leben wollten, der Magistrat hatte indessen die erbetene Veröffentlichung dieses Vertrages beanstandet, weil die Frau zum Abschlusse desselben ihrer Minderjährigkeit wegen eines Curators bedurft habe, dessen Bestellung zu veranlassen ihr anheim gegeben wurde. Sie war dieser Auflage nicht nachgekommen und verlangte nunmehr den Concursgläubigern des Mannes gegenüber Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Dieses Gesuch

wurde vom Concursgerichte zwar bewilligt, demnächst aber auf Beschwerde eines widersprechenden Gläubigers in zweiter Instanz abgeschlagen, und das Oberappellationsgericht bemerkte zur Begründung des bestätigenden Bescheides vom 19. Mai 1873:

Der Eintritt der in P. geltenden Gütergemeinschaft war eine gesetzliche Folge der Eingehung der Ehe. Durch Vertrag konnte allerdings die Gütergemeinschaft während der Dauer der Ehe aufgehoben werden. Sollte aber die Aufhebung auch gegen dritte Personen wirken und diesen gegenüber **pro futuro** die Verpflichtung der Ehefrau beseitigen, mit ihrem Vermögen für die von ihrem Ehemanne contrahirten Schulden zu haften, so bedurfte es der öffentlichen Bekanntmachung derselben durch den Magistrat zu P. Wie aus dem **ad** 20 anliegenden Actenstücke erhellt, war der Aufruf der Gütergemeinschaft beantragt. Der Magistrat hat diesem Antrage nicht deferirt, weil die Ehefrau S. noch minderjährig war, als **minor** aber ohne Zuziehung eines Curators einen auf Lösung der Gütergemeinschaft gerichteten Vertrag gültig nicht abzuschließen vermochte, und die Antragsteller durch das Respons vom 17. September 1869 darauf hingewiesen, die Anordnung einer Curatel zu veranlassen. Mag nun auch die Ehefrau S. die Herbeiführung einer solchen Anordnung versäumt haben und mag auch in Folge ihrer Versäumniß der Abschluß des Vertrages, sowie die öffentliche Bekanntmachung des Aufrufs unterblieben sein, so erscheint doch, trotz des Vorhandenseins einer in der **minor aetas** zu befindenden **justa causa restitutionis** das Gesuch um Ertheilung der **in integrum restitutio** nicht gerechtfertigt. Die Grundbedingung der Restitution, eine Verletzung, ist nur gegeben, wenn durch eine juristische Thatsache in den Rechtsverhältnissen des Impetranten eine dem strengen Rechte entsprechende, den Impetranten lädirende Aenderung, also eine „wahre Veränderung des Rechtszustandes" zum Nachtheile Desjenigen, welcher Restitution sucht,

vergl. v. Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, VII. Seite 120,

eingetreten ist. Dem entspricht auch der Zweck, welcher durch

die Restitution verfolgt wird. Durch die Ertheilung derselben soll der Rechtszustand wiederhergestellt werden, wie er vor Eintritt der lädirenden Thatsache war, also durch eine Fiction die juristische Thatsache, welche ein Recht entzogen, oder sonst eine Verletzung herbeigeführt hatte, als gar nicht vorgefallen behandelt werden.

Vergl. von Wächter, Würtembergisches Privatrecht, II. Seite 846, 877.

Böcking, Pandecten des Römischen Privatrechts, I. Seite 523.

Im vorliegenden Falle ist der durch die Eingehung der Ehe begründete Rechtszustand nicht verändert. Die Veränderung war nur beabsichtigt. Daß sie nicht erfolgt ist, mag immerhin zum Nachtheile der Ehefrau S. und deren Erben gereichen; allein zur Beseitigung eines solchen Nachtheils, zur Durchsetzung einer möglichen, dem Restitutionssucher vortheilhaften Aenderung, wird die Restitution durch das bestehende Recht nicht gewährt. Im practischen Resultate würde die Gewährung darauf hinauskommen, zum Nachtheile der Gläubiger, welche dem Cridar im Hinblick auf die Gütergemeinschaft creditirt haben, den Abschluß eines der Ehefrau S. und deren Erben vortheilhaften Vertrages zu fingiren, ein Resultat, welches dem Grundsatze widersprechen würde, daß ein versäumter Gewinn, wodurch ein Anderer an seinem schon erworbenen Vermögen verkürzt wird, niemals den Grund einer Restitution abgeben soll.

Vergl. v. Savigny a. a. O. Seite 122, 123.

---

12. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand aus dem Grunde der Minderjährigkeit.

Fe. 78/1873. Str.

Der am 1. Mai 1857 als Hauswirth zu S. im Fürstenthum Ratzeburg verstorbene F. war aus einem am 17. November 1855 errichteten öffentlichen Testamente von seinen fünf

Kindern beerbt worden. In Gemäßheit dieser letztwilligen Verfügung war der älteste Sohn, jetzt Beklagter und Appellat, zur Gehöftsnachfolge gelangt und hatte von dem nicht zur Stelle gehörenden, circa 7000 Thlr. betragenden Nachlasse den Pflichttheil erhalten. Außerdem war ihm noch aufgegeben, seinen miterbenden, unter sich wesentlich gleichgestellten Geschwistern nicht bloß die dorfübliche Abfindung zu gewähren, wenn sie dieselbe beim Tode des Vaters noch nicht erhalten haben sollten, sondern auch „als Stellinhaber" Jedem von ihnen die Summe von 1200 Thlr. auszuzahlen. Eine eigentliche Abfindung im Sinne des Ratzeburger Bauerrechts, also im Augment des dorfüblichen Maßes derselben war damit nicht angeordnet, da die dem Anerben zu Gunsten seiner Geschwister auferlegte Schuld nicht erst beim Ausscheiden der einzelnen Berechtigten aus der Were, sondern sogleich mit dem Todestage des Erblassers existent werden und von da an mit 3 % p. a. verzinslich sein sollte, wenngleich rücksichtlich der Kündbarkeit beschränkende Bestimmungen getroffen waren. Der Appellat hatte nun die Rechtsbeständigkeit dieser ihm im väterlichen Testamenke gemachten Auflage beanstandet und sich dieserhalb bei der Nachlaßregulirung mit seinen Miterben, beziehungsweise deren Vormündern, unter nachfolgender obervormundschaftlicher Genehmigung am 5. November 1857 vor Gericht dahin verglichen, daß die testamentsmäßigen Abfindungen der Geschwister auf je 700 Thlr., zahlbar bei der Verheirathung jedes Einzelnen und bis dahin mit 3% p. a. verzinslich, beschränkt und festgestellt wurden. Daneben sollten sie auch bei ihrer Besetzung und Verheirathung die dorfübliche Abfindung, bestehend in Bett, Kleid, Koffer und Lade nach Observanz, auch die Köst erhalten, nicht aber das übliche Vieh, da der Anerbe sich zu einer baaren Abfindung von 700 Thlr. verstanden habe. Man sieht hieraus, wie geringfügig die als dorfübliche Abfindung herkömmliche Naturalaussteuer war und daß nach Ansicht der Interessenten der werthvollste Theil derselben durch die von dem Anerben übernommene Baarzahlung mitgedeckt wurde.

Der Appellat hatte diesen Vergleich erfüllt; insbesondere

hatte seine jüngste Schwester, die am 2. Juni 1871 volljährig gewordene Appellantin, die vereinbarten 700 Thlr. von ihm empfangen. Gleichwohl forderte sie auf Grund des öffentlichen, rücksichtlich der Erbeinsetzung allseitig anerkannten und zur Ausführung gebrachten väterlichen Testamentes mittels ihrer am 26. Januar 1872 erhobenen Klage die Nachzahlung von 500 Thlr. nebst Zinsen seit ihres Vaters Todestage und begegnete der vom Beklagten vorgeschützten Einrede des Vergleichs mit dem Gesuche um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Dieses in den beiden Vorinstanzen gewährte Gesuch wurde durch Urtheil vom 26. Januar 1874 abgeschlagen.

Daß minderjährigen Personen die Restitution nicht deshalb versagt werden darf, weil das nachtheilige Geschäft, dessen Rechtswirkung beseitigt werden soll, vom Vormunde mit obervormundschaftlicher Genehmhaltung geschlossen ist, steht zwar nach dem geltenden gemeinen Rechte zweifellos fest, allein damit ist noch keineswegs gesagt, daß in solchem Falle die richterliche Prüfung sich auf die Läsionsfrage zu beschränken, mithin nur zu ermitteln hätte, ob und in wie weit der Minderjährige durch die angefochtene, von seinen gesetzlichen Vertretern innerhalb ihrer Zuständigkeit getroffene Disposition benachtheiligt sei, und daß sodann, wenn diese Frage zu bejahen wäre, die dagegen von dem gewesenen Mündel nach erreichter Volljährigkeit erbetene außerordentliche Rechtshülfe stets ohne Weiteres gewährt werden müßte.

Die erste wesentliche Voraussetzung einer jeden Restitution besteht natürlicher Weise darin, daß der Grund, aus welchem dieselbe nachgesucht wird, mit der dadurch zu hebenden Verletzung in einem ursächlichen Zusammenhange stehen muß.

Savigny, System, Bd. 7. §. 320, Seite 131.

Dies wird in besonderer Anwendung auf die restitutio propter minorem aetatem durch ausdrückliche Quellenzeugnisse anerkannt und bestätigt. Ein Minderjähriger wird gegen die von ihm selbst ohne Beistand eines Curators in übrigens rechtsbeständiger Weise abgeschlossenen Geschäfte nur dann restituirt, wenn er dabei in Folge seiner jugendlichen Unerfahrenheit und Unbesonnenheit zu Schaden gekommen oder in Verwickelungen

gerathen ist, die sich bei gehöriger Ueberlegung vorhersehen ließen.

L. 11. §§. 4, 5, l. 24. §. 1, l. 44 D. de min. (4, 4).
L. 9. § 4. D. de jurejur. (12. 2).
L. 1 C. qui et adversus quos (2. 42)
Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts §. 117, Anm. 2.

Die Restitution wird ihm nicht gegeben, wenn der Richter findet, daß der eingetretene Nachtheil weder auf Uebereilung beruht, noch durch Ueberlistung herbeigeführt ist und auch von einem mit Umsicht handelnden Großjährigen nicht vermieden wäre. Sonst würde, wie in l. 24 §. 1 cit. noch besonders bemerkt wird, die den Minderjährigen zugedachte Rechtswohlthat zu ihrem eigenen Schaden ausschlagen; es würde sich Niemand mit ihnen in Verträge einlassen, mithin ihre völlige Creditlosigkeit die Folge sein. Die Consequenz dieses leitenden Grundsatzes fordert, daß gegen Geschäfte, welche unter Beirath und Zustimmung des Vormundes oder durch denselben ohne persönliche Mitwirkung des Mündels geschlossen sind, die Wiedereinsetzung nur dann gewährt wird, wenn der Vormund etwas versehen hat,

Savigny a. a. O. S. 148, not. f.
cfr. l. 2. 3. C. si tutor (2. 25), l. 3 §. 7, l. 7 §. 8, l. 29 pr., l. 38 pr. D. de minor. (4. 4),

weil eben nur in diesem Falle die Verletzung ihren Grund in dem durch die Altersunreife bedingten, nicht ausreichend befriedigten Bedürfnisse eines Rathgebers, beziehungsweise Vertreters hat, ein triftiger Restitutionsgrund mithin nur für den übel berathenen und schlecht vertretenen Mündel vorliegt. Das vom Vormunde begangene Versehen braucht nicht gerade von der Art zu sein, daß er sich damit eines eigentlichen Delicts schuldig gemacht hat,

l. 47 pr., l. 49 D. h. t. (4. 4),

ja es ist nicht einmal erforderlich, daß er selbst auf Ersatz des angerichteten Schadens mit der actio tutelae wirksam würde belangt werden können, da er nach bekannter Regel nur für die

Verabsäumung derjenigen Sorgfalt, welche er in eigenen Angelegenheiten zu beobachten pflegt, verantwortlich ist. Wenn aber seine Handlung auch die strengste Prüfung besteht, wenn sich insbesondere dabei herausstellt, daß er bei sorgfältiger Erwägung aller obwaltenden, für seinen Entschluß erheblichen Umstände durchaus richtig und zweckmäßig gehandelt hat, so kann das so zu Stande gekommene Geschäft nicht lediglich deshalb rescindirt werden, weil hinterher der Richter die Ueberzeugung gewinnt, daß dasselbe im Interesse des Minderjährigen besser unterblieben wäre. In specieller Anwendung auf die Wiedereinsetzung gegen rechtskräftige Erkenntnisse sind diese Erwägungen nach Ausweis der § 41. I. 1. der Verordnung vom 15. Januar 1861 auch für die Landesgesetzgebung maßgebend gewesen.

Ob die hiemit festgestellte Voraussetzung einer aus dem Grunde der Minderjährigkeit beantragten Restitution im einzelnen Falle gegeben sei, hat der Richter nach freiem Ermessen zu bestimmen, und es soll nicht bestritten werden, daß die Praxis sich dafür entschieden hat, davon im Sinne der Gewährung solcher Anträge den ausgedehntesten Gebrauch zu machen. Zur Begründung der restituirenden Entscheidung wird es regelmäßig für ausreichend gehalten, zu constatiren, daß der Antragsteller durch die angefochtene Rechtshandlung seines früheren Vormundes benachtheiligt sei, ohne daß daneben auch noch auf die weitere Frage eingegangen zu werden pflegt, ob der erkannte nachtheilige Erfolg auf ein, wenn auch noch so entschuldbares Versehen des Vormundes zurückgeführt werden könne. Diese Praxis hat indessen auf Anerkennung und Befolgung nur in sofern Anspruch, als sie gestattet, von dem ungünstigen Erfolge ohne Weiteres auf ein zu Grunde liegendes unerwiesenes, ja selbst unerweisbares Versehen zu schließen: es kann nicht zugegeben werden, daß sogar der Gegenbeweis ausgeschlossen sei, indem kraft eines neuen ungeschriebenen Rechtssatzes von dem Erfordernisse einer Causalverbindung zwischen der Verletzung und der Minderjährigkeit des Verletzten ganz abgesehen und die Restitution selbst dann ertheilt werden müsse, wenn klar vorliege, daß der Vormund nicht nur nichts versehen, sondern sogar der Sachlage entsprechend

im wohlverstandenen Interesse seines Mündels gehandelt habe. Das ist in dem hier zur Beurtheilung stehenden Falle zweifellos geschehen.

Der unter Leitung des obervormundschaftlichen Gerichts zu Stande gekommene und bestätigte Vergleich vom 5. November 1857 hatte den Zweck, einem den väterlichen Nachlaß betreffenden Rechtsstreite unter Geschwistern vorzubeugen, war also darauf berechnet, Frieden und Eintracht in der Familie zu wahren. Dadurch allein erhält dieser Vergleich schon eine besondere Festigkeit, welche die Anfechtbarkeit zwar nicht, wie in dem Falle der **l. 11. C. de transact.** (2. 4), geradezu ausschließt, aber doch in Gemäßheit des ausgesprochenen Motives der angeführten gesetzlichen Bestimmung (**cum fratrum concordia — retineatur**) wesentlich erschweren muß. Die von dem jetzigen Appellaten dem väterlichen Testamente gegenüber vertretene Rechtsansicht, daß die Ratzeburger Hauswirthe, obwohl sie in den ihnen ertheilten Versicherungsurkunden als Eigenthümer ihrer regulirten Stellen anerkannt waren, nach Maßgabe der Erbfolgeordnung vom 26. October 1824, welche das zur Zeit der Testamentserrichtung und beim Tode des Erblassers geltend gewesene Recht darstellt, nicht befugt seien, dem Anerben zu Gunsten der Miterben letztwillige Auflagen zu machen, welche das Gehöft über das Maß der herkömmlichen Abfindungen belasten und damit das aus dem alten Rechte festgehaltene Princip der Individualsuccession durchbrechen würden, war erst vor Kurzem in einem unter anderen Parteien geführten Processe durch drei gleichlautende Erkenntnisse gebilligt. Die Geschwister des Appellaten, beziehungsweise deren Vormünder, hatten demnach keine Aussicht, mit ihren testamentsmäßigen Ansprüchen im Rechtswege durchzudringen, wenn darüber allseitiges Einverständniß herrschte, daß dasjenige, was der Vater ihnen ausgesetzt hatte, auch abgesehen von den Vorschriften über die Fälligkeit und Verzinsung, unbestreitbar das Maß zulässiger Abfindungen erheblich übersteige. Wäre aber auch aus Anlaß des hier zur Prüfung stehenden Restitutionsgesuches jene streitige Frage von Neuem aufzuwerfen, so würde dieselbe doch auf Grund der Erbfolgeordnung von 1824

wiederum nur im Sinne des Appellaten zu beantworten sein. Dies ergiebt sich aus den, beiden Parteien bekannten und, so weit es hier interessirt, auch durch den Druck veröffentlichten Motiven zu einem vom Oberappellationsgeriche am 3. October 1867 gefällten Schiedsspruche.

Entscheid. Bd. 6, Seite 125 ff.

Dort ist der Inhalt des Gesetzes unter Hervorhebung der für das richtige Verständniß in Betracht kommenden Momente aus der Geschichte des Ratzeburger Bauernrechts eingehend erörtert und festgestellt. Auf diese Ausführungen kann hier um so mehr einfach verwiesen werden, als Alles, was die Appellantin jetzt wieder vorbringt, damals bereits vorgebracht, erwogen und widerlegt worden ist.

Daß mit dem gewonnenen Ergebnisse die Begründung eines Landesherrlichen Rescripts vom 26. November 1825, welches die Appellantin auch jetzt wieder in einem nichtamtlichen Abdrucke vorgelegt hat, in Widerspruch steht, ist in den Motiven zu jenem Schiedsspruche gleichfalls bereits anerkannt. Damals handelte es sich um die Frage, ob die Hauswirthe durch die Bestimmung § 4, 2 der revidirten Erbfolgeordnung vom 9. October 1859 in wohlerworbenen Rechten verkürzt seien, und auf deren Beantwortung mußte dem erwähnten Rescripte schon deshalb jeder Einfluß versagt werden, weil demselben ganz entschieden nicht die Bedeutung eines bündigen, von einseitigem Belieben unabhängigen Zusatzes zu den in den Versicherungsurkunden verbrieften Verträgen beigelegt werden konnte, während die weitere Frage, ob in jenem Allerhöchsten Erlasse ein declaratorisches Gesetz zu befinden sei, eine bestimmte Antwort nicht erheischte, weil unbedenklich gesagt werden durfte, daß den Bauern wohl ein privatrechtlicher Anspruch auf die fortdauernde Anerkennung der unter der Herrschaft und in Gemäßheit des bisherigen Gesetzes bereits erworbenen Rechte, nicht aber auf die fortdauernde Geltung und Unabänderlichkeit dieses Gesetzes selbst beizumessen sei. Beim Abschlusse des Vergleichs vom 5. November 1857 lag das Rescript eben so wenig vor, wie bei den Entscheidungen des vorhin erwähnten gleichartigen Rechtsfalles; es war den Parteien

unbekannt geblieben und bei dem Justizamte vollständig in Vergessenheit gerathen. So viel bekannt, bietet der gegenwärtige Proceß den Gerichten zum ersten Male einen Anlaß, sich darüber auszusprechen, ob jenem Rescripte die Bedeutung eines gesetzgeberischen Actes zukomme. Wie schwierig und streitfähig die damit angeregte Frage sei, läßt sich schon daraus entnehmen, daß die beiden Vorgerichte, welche darauf eingehen zu müssen geglaubt haben, entgegengesetzte Ansichten vertreten. Das erste Gericht bejaht, das zweite verneint die Frage, und beide Meinungen lassen sich in der That mit guten Gründen vertheidigen. Für die erste Alternative spricht, daß das Rescript die Unterschrift des Landesherrn trägt, sich mithin als eine Willensäußerung des souveränen Inhabers der gesetzgebenden Gewalt darstellt und die Feststellung eines zweifelhaft gewordenen Rechtssatzes bezweckt, daß endlich am Schlusse dem Justizamte ausdrücklich aufgegeben wird, sich danach sowohl in dem Falle, welcher dessen Anfrage veranlaßt hatte, als auch in ähnlichen Vorkommenheiten zu benehmen. Der Mangel einer gehörigen Publication fällt nicht entscheidend in's Gewicht, da bei declaratorischen Erlassen die Zufertigung an die Gerichte für ausreichend gilt. Dagegen ergeben sich sofort andere erhebliche Bedenken gegen die Anerkennung der Gesetzeskraft des Rescripts aus der Entstehungsgeschichte und dem Inhalte desselben. Zur Hebung aufgekommener Zweifel, ob nach dem geltenden Rechte den Hauswirthen die Befugniß zustehe, die Abfindungen aus ihren Gehöften unbeschränkt letztwillig zu bestimmen, hatte das Justizamt den Erlaß eines declarirenden Gesetzes beantragt, erhielt aber durch das fragliche Rescript den Bescheid, daß es einer ausdrücklichen landesherrlichen Verordnung über die angeregte Rechtsfrage nicht bedürfe, da den Hauswirthen das nur durch die Untheilbarkeit und die bedungenen Reallasten beschränkte Eigenthum an den regulirten Stellen beigelegt sei, ihnen mithin freie Macht und Gewalt zustehe, nicht bloß den Gehöftsnachfolger zu ernennen, sondern auch die Abfindungen der übrigen Descendenten festzustellen, weshalb der Anerbe, wenn das Testament nicht etwa aus gemeinrechtlichen Gründen anfechtbar sei, sich solcher väterlichen Anordnung fügen, oder auf die Ge-

höchstnachfolge verzichten müsse. Die beantragte Erlassung eines Gesetzes wurde also geradezu abgelehnt, und dafür eine Rechtsbelehrung ertheilt, welche dazu bestimmt war, die angeregten Zweifel als völlig unbegründet hinzustellen. Der in dem Rescripte enthaltene Rechtssatz ist nicht einem nach Ansicht des Justizamtes der Aufklärung bedürfenden Gesetze entnommen, sondern lediglich als Motiv des Abschlags der erbetenen Declaration benutzt, tritt auch in dieser Anwendung nicht als ein selbständig vom Landesherrn als Gesetzgeber gewollter, sondern als eine einfache Consequenz des Eigenthumsbegriffs hervor, und es würde sich demnach sehr wohl die Ansicht vertheidigen lassen, daß das Rescript in diesem Zusammenhange nur die Bedeutung eines unmaßgeblichen Entscheidungsgrundes in Anspruch nehme, der in vorkommenden Streitfällen eine weitere richterliche Prüfung an und für sich nicht ausschließen würde, da eine authentische Declaration abgeschlagen ist und ebenso auch an dem bestehenden Rechte nichts hat geändert werden sollen. Der Schlußclausel würde nach dieser Auffassung eine maßgebende Bedeutung wenigstens für gerichtliche Entscheidungen nicht, sondern nur für Fälle der nicht streitigen Gerichtsbarkeit, zu denen der damals vorliegende muthmaßlich gehörte, insbesondere für Nachlaßregulirungen und für den obervormundschaftlichen Betrieb beizulegen sein.

Hienach würde es keineswegs gerechtfertigt sein, zu sagen, der Vormund der Appellantin hätte, wenn ihm das Rescript bekannt gewesen wäre, den abgeschlossenen Vergleich pflichtmäßig ablehnen müssen, vielmehr würde unter dieser Voraussetzung zu der an das Gesetz von 1824 sich knüpfenden noch eine neue kaum weniger schwierige Controverse gekommen sein, so daß es nur noch mehr hätte rathsam erscheinen müssen, einem nach den verschiedensten Seiten hin äußerst bedenklichen Rechtsstreite aus dem Wege zu gehen, und einen Vergleich vorzuziehen, welcher der Curandin im Hinblick auf die Eventualität ihres Unterliegens in einem durchzuführenden Processe erhebliche Vortheile bot. Auch das Justizamt würde durch Befürwortung und Bestätigung eines solchen Vergleichs nur der Vorschrift des Rescripts gefolgt sein, bei allen Streitigkeiten über die Höhe letztwillig festgesetzter Ab-

findungen stets zunächst die Güte zu versuchen und erst beim Mißlingen derselben dem Rechte gemäß zu verfügen und zu erkennen. Demnach bleibt es trotz der nachträglichen Auffindung und Beibringung des Rescriptes dennoch wahr, daß der Vergleichsabschluß dem wohlverstandenen Interesse der Appellantin vollständig Genüge geleistet hat. In Anwendung der eben entwickelten Grundsätze kann ihr mithin die erbetene Restitution nicht deshalb ertheilt werden, damit sie den gütlich beigelegten Rechtsstreit wieder aufnehme, dessen im höchsten Grade zweifelhaftes Endergebniß erst die ihr durch den Vergleich vermeintlich zugefügten Läsion an's Licht bringen soll.

Ein triftiger Restitutionsgrund würde nur dann gegeben sein, wenn die Annahme begründet wäre, daß der der Appellantin zweifellos zustehende Anspruch auf eine „gewöhnliche" Abfindung, welche das Gesetz von 1824 den nicht zur Gehöftsnachfolge gelangenden Nachkommen der Hauswirthe auch ohne letztwillige Bestimmung zuspricht, durch die ihr vergleichsmäßig zugebilligte und bereits gezahlte Summe von 700 Thlr. nicht vollständig befriedigt sei. Dieser Punkt darf nicht unerwogen bleiben, da die Appellantin sich eventuell ausdrücklich darüber beschwert, daß ihr in dieser Richtung kein Beweis freigelassen ist. Unter der gewöhnlichen Abfindung ist nämlich nicht etwa bloß jene „dorfübliche" zu verstehen, welche sich auf eine bestimmte geringfügige Naturalaussteuer beschränkt; vielmehr ist es von Alters her im ganzen Fürstenthume landüblich gewesen, den Abfindlingen bei ihrer Verheirathung auch eine Summe baaren Geldes mitzugeben, welche indessen nicht ein für alle Mal fest bestimmt war, sondern für jeden einzelnen Fall mit Rücksicht auf die Größe und Güte der Stelle, die etwa vorhandene Schuldenlast und die Anzahl der abzufindenden Personen entweder durch Vereinbarung oder unter gerichtlicher Vermittelung nach Recht und Billigkeit festgestellt wurde. Diese Landüblichkeit bestand schon, bevor die Hauswirthe als Eigenthümer ihrer Hufen anerkannt waren, sie wird als bestehende und auch fernerhin zu befolgende Regel bereits aufgestellt in der Constitution vom 3. Juli 1776, obwohl dieses Gesetz den Bauern nur ein, dem

grundherrlichen Heimfallsrechte unterliegendes, lediglich in absteigender Linie vererbliches Colonatrecht zuschreibt. Bei dieser Sachlage erklärt es sich leicht, daß es in neuerer Zeit unter den Hauswirthen Sitte geworden ist, das nach obiger Regel immerhin arbiträre Maß der vom Anerben zu zahlenden baaren Abfindungen letztwillig selbst zu bestimmen, und wenn, wie die Appellantin hervorhebt, solche letztwillige Anordnungen fast ausnahmslos befolgt sind und nur ein oder zwei Mal zu Rechtsstreiten geführt haben, so ist daraus noch nicht auf das Bestehen einer allgemeinen Rechtsüberzeugung des Inhalts zu schließen, daß es den Hauswirthen, seit sie Eigenthümer sind, freistehe, über das landesübliche Maß offen hinauszugehen und das Princip der Individualsuccession zu verletzen. Ebenso berechtigt und sogar viel näher liegend ist die Annahme, daß die Hauswirthe bei ihren letztwilligen Bestimmungen die für das Maß der Abfindungen durch die Landüblichkeit gezogenen Grenzen nicht zu überschreiten pflegen, sondern aus vielfach bezeugter Anhänglichkeit an ihr althergebrachtes Familiengüterrecht selbst darauf Bedacht nehmen, den Anerben nicht mit übermäßigen Abfindungen zu belasten. Ob dies im einzelnen Falle dennoch geschehen, ist eine Thatfrage, deren Feststellung auf dem Wege der civilprocessualischen Beweisführung kaum befriedigend gelingen kann, da eben nicht von einem Falle auf den anderen geschlossen werden soll und für das freie Ermessen ein weiter Raum bleibt. Gerade deshalb verweist das Gesetz in erster Linie auf die unter Mitwirkung des Gerichts zu erstrebende Vereinbarung als das angemessenste Mittel zur Beseitigung solcher Streitigkeiten unter Geschwistern, und diesen Anforderungen entspricht ein vor Gericht geschlossener und von demselben rücksichtlich der betheiligten Minorennen obervormundschaftlich bestätigter Vergleich auf das Vollständigste.

---

13. Zur Solennisirung notarieller Inventuraufnahme ist die Zuziehung von Instrumentszeugen wesentlich. Le. 677/1871.

Aus einem oberappellationsgerichtlichen Bescheide vom 14. August 1871.

Die Vorschrift des gemeinen Rechtes, daß die Vormünder, bevor sie sich der Verwaltung unterziehen, ein rechtsbeständiges Inventarium über das gesammte Curatelvermögen aufzunehmen haben,

l. 24. C. de administratione tutorum (5, 37),
l. 13. C. arbitrium tutelae (5, 51),
Reichs-Polizei-Ordnung von 1577, Tit. 32, §. 3,

ist auf das Bestimmteste von der einheimischen Gesetzgebung wiederholt worden.

Polizei- und Landordnung von 1572, Tit. von Vormundschaften, Abs. 2,
Hof- und Landgerichts-Ordnung, Thl. I, Tit. 33, Abs. 4.

Rücksichtlich der Form, in welcher dies zu geschehen habe, ordnete schon das Römische Recht an, daß das Inventar unter öffentlicher Autorität aufgenommen werde, und die Polizei- und Landordnung bestimmt dasselbe, indem sie zugleich für das platte Land die Aufnahme per notarium zuläßt, hier aber die Zuziehung von Zeugen ausdrücklich vorschreibt. Handelt es sich deshalb in einem solchen Falle um ein Notariatsinstrument, so entscheiden über die Solennien, welche bei demselben zu beobachten sind, die Bestimmungen der Notariatsordnung von 1512, und danach gehört zu jenen nach dem klaren Inhalte der §§. 3, 6, 20 I. der gedachten Ordnung die Zuziehung von Zeugen. Daß die Praxis an diesem Erfordernisse nicht für alle Notariatsacte festgehalten hat, ist richtig; indessen ist dies doch für Notariatsdocumente nachweislich nicht weiter geschehen, als daß man solchen, welche über Kündigungen und Insinuationen ausgestellt sind, volle Beweiskraft auch dann beigemessen hat, wenn Instrumentszeugen nicht zugezogen waren. Wenn es sich dagegen um förmliche No-

tariatsprotocolle, und namentlich um solche handelt, durch welche die Richtigkeit eines aufgenommenen Inventars beglaubigt werden soll, so ist von denjenigen Erfordernissen, welche für die Beweiskraft derselben durch die Vorschriften der gemeinen und der Landes-Rechte aufgestellt sind, also von der Zuziehung von Zeugen, nicht abzusehen, und die Obervormundschaft hat ex officio darüber zu wachen, daß dies geschehe, ohne daß in Betracht kommt, ob die anderweit bei diesem Acte Interessirten von solcher Form absehen wollen. Auch kann dieselbe nicht angehalten werden, sich anstatt eines solchen förmlichen Inventars mit eidlichen Specificationen der Vormünder zu begnügen.

B. Sachenrecht.

14. Zur Lehre von der Negatorienklage.

Me. 104. Str./$_{1871}$.

Die Friedrich-Franz-Eisenbahn ist durch einen zum Gute B. gehörenden Landsee geführt, dessen Eigenthümer P. das zur Herstellung des Bahndammes und des an jeder Seite anzulegenden Schutzstreifens von 12 Fuß erforderliche Terrain abgetreten, dann nach Beendigung des Baues wegen der ihm zu leistenden Entschädigung mit der Direction sich vereinbart und bei dieser Gelegenheit sich mit allen seinen weiteren Ansprüchen, so weit sie die jetzige Bahnlage betreffen, für abgefunden erklärt hatte. Der zur Bildung des Bahnkörpers durch den See gelegte Erdwall hatte durch seine Schwere den moorigen Untergrund zu beiden Seiten so in die Höhe getrieben, daß der größte Theil des Seebeckens damit ausgefüllt und trocken gelegt wurde. Nachdem die Bahn bereits mehrere Jahre in ungestörtem Betriebe gewesen war, beschloß P., die so zu Tage getretene Modererde

als Düngungsmittel zu benutzen. Er ließ dieselbe daher in beträchtlicher Menge auf seinen Acker fahren, unterbrach jedoch nach einigen Tagen vorläufig diese Arbeit auf Ersuchen der Eisenbahndirection, welche ihm anzeigte, daß das Bahnplanum einen langen, starken Riß zeige, der eine Senkung veranlasse und eine schleunige Reparatur nöthig mache. Da eine gütliche Einigung nicht erreicht wurde, erhob die Direction Klage gegen P. mit dem Antrage, den Beklagten zur Erstattung der Reparaturkosten zu verurtheilen und ihm die fernere Entnahme der Modde aus dem See bei Strafe zu verbieten. Der Bahndamm ruhe nämlich im See keineswegs auf einem festen Boden und habe in sich selbst keinen Halt, sondern werde durch die zu beiden Seiten aufgetriebene Modde getragen und müsse sich senken, wenn dieses Gegengewicht vermindert werde. Die eingetretene Senkung sei daher eine nothwendige Folge der vom Beklagten vorgenommenen Abgrabung, welche sich demnach als ein rechtswidriger Eingriff in fremdes Eigenthum darstelle.

Die so begründete Klage wurde nach stattgehabter Verhandlung abgewiesen und dieses Urtheil durch oberappellationsgerichtlichen Bescheid vom 20. April 1871 bestätigt.

Gründe:

Wenn die Klägerin das Schlußpetitum ihrer Klage dahin richtet, daß dem Beklagten bei Geldstrafe aufgegeben werde, sich der ferneren Entnahme der durch die Aufschüttung des Bahnkörpers im B'er See aufgetriebenen Modde zu enthalten, und wenn sie dasselbe sowohl in der Replik als in dem Nachtrage aufrecht hält, so läßt sich ein solches Begehren aus den Bestimmungen des Civilrechts über die Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbaren nicht begründen.

Sätze so allgemeinen Inhalts, wie sie in l. 1, §§. 4, 11, l. 2, §. 5 **D. de aqua et aquae pluv. arc.** (39, 3) ausgesprochen werden, lassen sich nicht dahin generalisiren, daß aus ihnen eine für alle Fälle durchgreifende Rechtsregel gebildet werden könnte, ihnen stehen die eben so allgemeinen Sätze **ll. 55, 151 D. de regulis juris** (50, 17) entgegen, sie sind Abstractionen und empfangen ihren Inhalt erst aus

der rechtlichen Natur derjenigen Verhältnisse, durch welche die Interessen der Privaten mit einander in Collision treten.

Wer auf seinem Grundstücke gräbt oder Erde entfernt und sich dabei innerhalb desselben hält, macht von einer Befugniß Gebrauch, welche ihm sein Eigenthumsrecht verleihet. Wenn er dies hart an der Grenze oder doch in solcher Nähe derselben thut, daß dadurch die Bodencohärenz, welche bis dahin zwischen seinem und dem benachbarten Grundstücke bestand, aufgehoben oder gelockert wird, oder wenn letzteres dadurch den Nachtheil erleidet, daß es beim Wegfall der bisherigen Bodendichtigkeit seine Consistenz nicht behalten kann, so läßt er sich dadurch keinen directen Eingriff in das Rechtsgebiet des Nachbarn zu Schulden kommen, welchen dieser etwa mit der **actio negatoria** zurückweisen könnte, noch verliert diese seine Handlungsweise durch solche Folgen den Charakter einer eigentlichen Eigenthumsausübung, indem sich dieselbe etwa in die Anmaßung einer Servitut oder eines servitutähnlichen Rechtes dahin umsetzte, das Nachbargebiet zu beschädigen oder das Eigenthum trotz der nachtheiligen Einwirkungen auf das letztere zu benutzen. Es haben freilich in Folge der vielfachen und engen Beziehungen zwischen Nachbaren Aequitätsrücksichten im Rechte dahin geführt, das starre Princip des rücksichtslosen Gebrauchs der Eigenthumsbefugnisse an manchen Stellen zu durchbrechen, den Eigenthümer für die Folgen solcher Handlungen unter gewissen Umständen verantwortlich zu machen und den Nachbaren einen Rechtsschutz zu gewähren, — und eine Bestimmung dieser Art finden wir in der **l. 24 §. 12 D. de damno infecto** (39, 2) aufgezeichnet. — Allein eine eigentliche Eigenthumsbeschränkung zu der Wirkung, daß dadurch gewisse Bestandtheile aus dem Eigenthume losgelöst würden, ist damit nicht gegeben; wer dagegen handelt, ruft die durch das Gesetz geordneten Rechtsfolgen auf sich herab, übt aber nicht ein außerhalb seines Eigenthums stehendes Recht aus, auf das Nachbargebiet zum Nachtheile desselben einzuwirken, und gewinnt keine Servitut, vermöge deren er eine seinem Grundstücke aufliegende Beschränkung aufhöbe, und

deren Anmaßung die Nachbaren zur Anstellung der **actio negatoria** berechtigte. Wenn die Klägerin mit Berufung auf namhafte Rechtslehrer für sich geltend macht, daß die im Römischen Rechte vorkommenden **servitutes altius tollendi** und **luminibus officiendi** zu verstehen seien von Servituten, durch welche gesetzliche Beschränkungen des Eigenthums rücksichtlich des Bauens zu beliebiger Höhe ꝛc. aufgehoben würden, daß also in der Vornahme derartiger Handlungen Acte der Ausübung von Servituten zu erblicken seien, denen mit der **actio negatoria** entgegengetreten werden könne, so paßt doch diese Analogie nicht auf den vorliegenden Fall. Eines Theils würden, wenn man dieser Theorie folgen will, doch immer wahre Eigenthumsbeschränkungen vorliegen, welche das Höherbauen ꝛc. ausschlössen und schlechthin verböten, anderen Theils aber werden jene Servituten in den Rechtsquellen nur unter den **servitutes praediorum urbanorum** erwähnt, welche dauernde Anlagen voraussetzen, und eine Ausdehnung auf Vornahmen zur Kultur des Bodens, welche diese zu Servituten stempelte, würde sich nicht rechtfertigen. Die Intention der Klägerin, die Klage nach der hier vorliegenden Richtung und mit Erstreckung auf Schadensersatz für die dem Bahnkörper bereits zugefügten Beschädigungen als eine **actio negatoria** zu charakterisiren und ihre Ansprüche daraus zu begründen, kann deshalb als gelungen nicht angesehen werden.

Gewährt nun auch das Civilrecht Demjenigen, dessen Grundstück durch Vornahmen des Nachbarn auf dessen eigenem Gebiete Beschädigungen erlitten hat, Rechtsmittel, um sich vor der Wiederkehr solcher Handlungen zu schützen so ergiebt doch eine Erwägung des vorliegenden Falles, daß die Klägerin auf dem eingeschlagenen Wege mit einem Verbote in dem angesprochenen Maße nicht durchzudringen vermag. Es würde eine Beschränkung in dem Gebrauche des Eigenthums sein, wie wir sie in diesem Grade nirgend im Rechte anerkannt finden, wenn man dem Besitzer eines ländlichen Grundstücks diejenige Ausnutzung desselben, zu welcher es nach rationellen landwirthschaftlichen Grundsätzen fähig ist, nach einer bestimm=

ten Richtung deshalb ganz untersagen wollte, weil dieselbe nachtheilig auf das Nachbargrundstück einwirkt. Die l. 24 §. 12 cit. macht nicht für jedes Graben an der Grenze verantwortlich, sondern nur alsdann, wenn dies so tief vorgenommen wird, daß die Nachbarwand nicht stehen kann. Die Klägerin giebt selbst zu, daß die durch die Dammeinschüttung aufgetriebene Modde ein vorzügliches Düngungsmittel für das Gut des Beklagten ist, und es entspricht durchaus öconomischen Grundsätzen, wenn letzterer dieselbe durch Wegfuhr auf seine Ackerflächen ausnutzt, und er kann an sich hierin weder dadurch beschränkt sein, daß sie früher, weil sie noch tief unter dem Wasser lag, nicht erreichbar war und erst in Folge der Einschüttung zu Tage getreten ist, noch dadurch, daß eine Bebauung der Fläche mit Feldfrüchten ihm einen größeren oder gleich großen Gewinn gewähren würde, als der Ertrag war, welchen der See in seiner früheren Beschaffenheit ihm gewährte, da nirgend erhellt, auch nicht behauptet ist, daß diese Benutzungsart auf einer bloßen Chicane des Beklagten beruhe. Es kommt hinzu, daß das nachbarliche Verhältniß, aus welchem ein so weit gehendes Verbietungsrecht abgeleitet werden soll, nicht ein von Anfang an durch die ursprüngliche Lage der Grundstücke gegebenes ist, sondern daß der Eisenbahnkörper durch die Klägerin erst geschaffen ist, und daß Beklagter das betreffende Terrain, welches ihm früher gehörte, auf dem Wege der Expropriation hat abtreten müssen. Konnte dem Eisenbahndamm nach den Gesetzen der Baukunst oder nach Maßgabe der besonderen vorliegenden Verhältnisse eine solche Construction nicht gegeben werden, daß derselbe seine Stütze auf dem festen Seegrunde und die Bedingungen seiner Consistenz in sich selbst fand, so war offenbar von vorne herein darauf Bedacht zu nehmen, daß diese Grundlage für den Bestand des Dammes in keiner Weise erschüttert werden könne. Der Beklagte behauptet, daß er gleich anfangs und später wiederholt seine Absicht ausgesprochen habe, die sich bildende Modde abfahren zu lassen; sollte dies aber auch nicht der Fall gewesen sein, so brachte doch die Natur des Unternehmens es

mit sich, daß die Modde in einer großen Ausdehnung und in einer solchen Masse zu Tage treten mußte, daß sie dem Damm einen sicheren Halt zu geben vermochte, und es mußte an die Bauverwaltung unabweislich der Gedanke herantreten, daß der Beklagte sich dieses vorzüglichen Düngermaterials zur Kultur seines Gutes bedienen könne und werde. War es nothwendig, dem Beklagten ganz und gar die Disposition über sein Grundstück nach dieser Richtung hin zu entziehen, so hatte dies lediglich seinen Grund in der Construction, welche der Anlage von vorn herein gegeben ward, und welche, wenngleich sie die richtige und unter den gegebenen Umständen die einzig mögliche Art der Ausführung war, doch immer als eine gefährliche erscheint. Daß eine solche Beschränkung in der Dispositionsbefugniß dem Beklagten schon durch das Recht aufgelegt werde, konnte und kann nicht angenommen werden, und wenn dies dennoch geschehen mußte, weil darin allein die erforderliche Sicherheit für die Anlage bestand, so war sie ihm gegen Gewährung einer angemessenen Entschädigung aufzulegen. Der §. 5 des Expropriationsgesetzes vom 29. März 1845, welches nach der Verordnung vom 2. April 1862 auf die Erbauung der jetzigen Friedrich-Franz-Bahn anwendlich ist, bestimmt, daß die den Abtretern zu gewährende Entschädigung eine vollständige sei, so daß denselben nach Empfang der Vergütung ein wirklicher Schade nicht weiter übrig bleibe, und nur von solchen behaupteten Nutzungen, Nachtheilen ꝛc. soll dabei abgesehen werden, welche von erst künftig beabsichtigten Vorkehrungen, Veränderungen ꝛc. abhängig sind, deren demnächstiger Eintritt folglich zur Zeit der Abschätzung noch ungewiß ist. Daß durch die aufsteigende Modde der Beklagte die Nutzung des Sees als solchen wenigstens zum größten Theile verlieren werde, war gewiß; an deren Stelle trat die Nutzung der sich bildenden Fläche, welche aus einem für das Gut sofort verwendbaren Dungstoffe bestand. Wurde er an dessen Ausnutzung behindert, so lag nicht eine Beschränkung vor, deren Eintritt erst von künftigen ungewissen Unternehmungen abhing, sondern sofort in Wirksamkeit trat, und ob und in wie weit ein

solcher Nachtheil dadurch auszugleichen war, daß dem Beklagten die Benutzung der Fläche durch Anbau von Feldfrüchten, aber auch nur diese, freiblieb, mußte bei Abmessung der Entschädigung in Berücksichtigung gezogen werden. Daß dies geschehen und daß dadurch dem Beklagten von vorn herein nur eine bestimmte Benutzung des gewonnenen Terrains durch Feldbau freigeblieben sei, ist von der Klägerin nicht behauptet worden, und es kann dies auch in der von ihr angezogenen Erklärung des letzteren zum Protocolle vom 24. Januar 1865 nicht gefunden werden. Damals war der fragliche Damm vollendet, und die Eisenbahn bereits längere Zeit im Betriebe, die beklagtische Erklärung kann also auch nur auf dasjenige bezogen werden, was derselbe bis dahin für die Erbauung der Eisenbahn auf dem Wege der Expropriation abgetreten hatte. Aus dem, was die Klägerin dieserwegen angiebt, kann nur entnommen werden, daß Beklagter das Terrain zur Bahn selbst abgetreten und hiefür Entschädigung empfangen hat; damit übernahm er nicht Verpflichtungen, für die Sicherung des künftigen Bestandes des Dammes zu sorgen, und es kann aus der Fassung jener Erklärung, daß er wegen seiner weiteren Ansprüche, so weit sie sich auf die „jetzige Bahnlage" beziehen, abgefunden sei, eher entnommen werden, daß er wegen Leistungen seinerseits, welche die Lage und Beschaffenheit der Bahn etwa künftig noch erfordern möge, noch nicht abgefunden sei, also auf künftige Nachtheile, welche ihm durch später dieserwegen zu stellende Anforderungen erwachsen möchten, nicht verzichten wolle. Daß dem Beklagten die Art und Weise, wie der Damm construirt worden, bekannt gewesen sei, behauptet Klägerin freilich, aber daraus kann keineswegs geschlossen werden, daß es ihm, als einem gebildeten Landmanne, hätte klar sein müssen, er dürfe, um den Bestand des Dammes zu sichern, nun, nachdem er das für die Bahnanlage nöthige Terrain abgetreten, keinen Theil der dieselbe umgebenden Modermasse abfahren lassen, und daß er deshalb durch die Annahme der Entschädigungssumme stillschweigend hierauf verzichtet habe.

Freilich handelt es sich im vorliegenden Falle um die Ge-

fährdung einer Anlage, welche in so fern einen besonderen Schutz der Gesetze genießt, als diejenigen beschädigenden Handlungen, welche den Transport auf ihr in Gefahr setzen, alsdann, wenn dieser Erfolg beabsichtigt war oder dem Handelnden zur Schuld zugerechnet werden kann, zu den gemeingefährlichen Verbrechen und Vergehen gerechnet werden, und sowohl durch die frühere Landesherrliche Verordnung vom 23. October 1866, als auch jetzt durch die Artikel 315, 316 des Strafgesetzbuches mit schweren Strafen bedrohet sind. Allein es fällt dieser Gesichtspunct in ein anderes Gebiet, als dasjenige ist, in welchem sich die von der gegenwärtigen Klage hervorgerufene Erörterung über das beantragte Abfuhrverbot zu bewegen hat, und zwar in das Gebiet des öffentlichen Rechtes. Dieses verbietet aus Gründen des öffentlichen Wohls Beschädigungen der vorgedachten Art absolut, ohne zu untersuchen, ob dem Beschädigenden nach den Grundsätzen des Civilrechts ein Privatrecht zur Vornahme einer solchen Handlung zur Seite steht oder nicht; der Besitzer der also bedrohten Anlage hat aber nicht das Recht, das vom Criminalrechte bereits ausgesprochene Verbot auf dem Wege des Civilprocesses vom Richter aus dem Grunde zu erwirken, weil die betreffende Handlung unter den Begriff eines gemeingefährlichen Vergehens falle. Eben so wenig werden aber auch diejenigen Rechtsansprüche, welche dem durch ein öffentliches Verbot Beschränkten aus bestimmten Rechtsgrundsätzen oder Privatrechtsverhältnissen gegen den Eigenthümer einer solchen Anlage zustehen mögen, alterirt oder aufgehoben. Es wird deshalb auch von diesem Standpunkte aus der Klägerin Begehren sich nicht rechtfertigen lassen.

---

15. Uebereignung einer Sache statt Pfandbestellung. Su. 1697/1871.

Der Kaufmann B. in W. hatte gegen den ihm zur Zahlung einer Geldschuld rechtskräftig verurtheilten Schiffer M. Hülfsvollstreckung beantragt und den von seinem Schuldner geführten Kahn mit der nicht weiter erläuterten Bemerkung: „dessen formeller Eigenthümer ich zur Zeit noch bin", als geeignetes Executionsobject bezeichnet, hatte sodann auch erreicht, daß dieses Fahrzeug einstweilen am 6. April 1870 unter Arrest gestellt wurde. Nun trat der Kaufmann S. in H. intervenirend auf mit der durch Vorlegung einer Contractsurkunde bescheinigten Behauptung, daß der in Beschlag genommene Kahn bereits am 5. August 1869 ihm von M. verkauft und zugleich durch constitutum possessorium übereignet sei, sowie, daß B. dies zur Zeit des Arrestantrages gewußt habe. Aus der Verhandlung dieses Incidentstreites ist hier nur herauszuheben, daß B. zur Erläuterung seines Executionsgesuches angab und bescheinigte, M. habe ihm das Eigenthum an dem Kahne zur Sicherstellung der jetzt beizutreibenden Forderung abgetreten, ehe die angebliche Uebereignung an den Intervenienten Statt gefunden habe.

Hieran anknüpfend enthält der Querelbescheid des Oberappellationsgerichts vom 20. Juli 1871 folgende Ausführung:

> Eine Eigenthumsübertragung statt einer Pfandbestellung ist weder dem geltenden Rechte fremd, noch dem täglichen Verkehrsleben ungeläufig und hat die Wirkung, daß der nicht besitzende Gläubiger zur Realisirung seines Rechtes statt der Pfandklage der rei vindicatio sich bedient, dann aber verpflichtet ist, die Sache gleich einem Faustpfande zu behandeln, dieselbe unter Beobachtung der gesetzlichen Formen zu distrahiren und den nach seiner vollen Befriedigung etwa verbleibenden Rest des Erlöses herauszugeben, während er dem Schuldner auch die Befugniß zugestehen muß, dem Verkaufe durch Abtragung der Schuld vorzubeugen und sodann die Rückübertragung des Eigenthums zu begehren. Daneben gewährt diese Rechtsform der Sicherheitsbestellung dem Gläubiger auch

den Vortheil, daß der Schuldner inzwischen anderweitige Veräußerungen des Objects mit dem Erfolge der Eigenthumsübertragung nicht vornehmen kann.

Hieraus ergiebt sich nun:

1) daß der Kläger, ohne mit sich selbst in Widerspruch zu gerathen, das Eigenthum des Kahns beanspruchen und denselben gleichwohl in der obschwebenden Executions-Instanz seinem Schuldner als ein geeignetes Executionsmittel mit gerichtlicher Hülfe abnehmen lassen konnte,

sodann aber

2) daß der Vorwurf einer zum Schadensersatz verpflichtenden Rechtsverletzung nicht durch die Behauptung zu begründen ist, der Kläger habe gewußt, daß der fragliche Kahn schon vor der Arrestanlegung dem Intervenienten durch den Exequenden verkauft und darauf hin mittels constitutium possessorium übereignet gewesen sei. Dieses Rechtsgeschäft, welches laut notarieller Acte am 5. August/30. October 1869 vollzogen ist, durfte der Kläger als für ihn bedeutungslos ignoriren, wenn er selbst bereits damals Eigenthümer des Kahns war, wie er demnächst durch Vorlegung einer Abschrift des auf seinen Namen lautenden Schiffspatents vom 26. Januar 1869, dessen Inhalt und Datum außer Streit ist, bescheinigt hat.

---

16. Weiterer Beitrag zur Lehre vom Wasserrechte. Mi. $101/_{1870}$. Str. (Bd. 5, Nro. 26.)

Das fließende Wasser, welches der Grenzgraben der Güter G. und B. führt, wird schon seit geraumer Zeit zur Berieselung der G.'schen Wiesen benutzt. Zu diesem Zwecke ist ein Abzugs-

graben vorhanden, in welchen das Wasser durch ein in das Bachbett gelegtes Stau gedrängt werden kann. Neuerdings hat nun auch der Besitzer von B. auf seiner Seite des Grenzbaches einen solchen Graben gezogen, welcher ihm nunmehr die Hälfte des aufgestauten Wassers zuführt, so daß den G.'schen Wiesen nur noch die andere Hälfte zu gute kommt. Hierin fand der v. M. auf G. einen Eingriff in ein wohlerworbenes Recht. Er behauptete, sein Vorbesitzer v. V. habe das Rieselwerk zu Anfang dieses Jahrhunderts angelegt, nachdem auf seine Bitte der damalige Besitzer von B. ihm das Recht zugestanden, das gesammte Bachwasser zur Berieselung seiner Wiesen zu verwenden. Seitdem sei das Stau alljährlich im Herbste eingesetzt und im Frühling je nach Bedürfniß bald früher, bald später wieder entfernt. Gebeten wurde, dem Beklagten jede Störung dieses Rechtes, insbesondere durch Ableitung von Wasser aus dem Grenzbache während der Zeit der Ausübung des Rechtes bei angemessener Strafe zu untersagen.

Das Oberappellationsgericht bestätigte eine erstinstanzliche Entscheidung, welche diese Klage nach verhandelter Sache abgewiesen hatte, durch Bescheid vom 4. März 1872.

Gründe:

Nach des Klägers eigener Beschreibung fällt der Bach oder Graben, welcher die beiderseitigen Güter scheidet, unter die in **l. 1 §. 2 D. de fluminibus** (43, 12) gegebene Legaldefinition eines **flumen perenne.** Daraus würde, wie er selbst anerkennt, folgen, daß nach den Grundsätzen, welche die Benutzung stetig fließender Gewässer zu Privatzwecken regeln,

der Beklagte dasselbe Recht auf die Verwendung des Wassers zum Berieseln seiner Wiesen hätte, welches er, Kläger, für sich in Anspruch nimmt, und daß im Falle einer Collision das in **l. 17 D. de servitutibus praedior. rusticorum** (8, 3) vorgeschriebene Theilungsverfahren zur Anwendung gebracht werden müßte. Ueber die nach diesen leitenden Grundsätzen ihm zustehende Befugniß ist der Beklagte unbestrittenermaßen dadurch nicht hinausgegangen, daß er vor Kurzem an

seinem Ufer des Grenzbaches einen Seitengraben angelegt oder wiedereröffnet hat, welcher, wenn an der bezeichneten Stelle gestaut wird, nur die Hälfte des Wassers aufnimmt, während ein gleiches Quantum nach wie vor in den weiter unterhalb unmittelbar vor dem Stau ausmündenden Graben gelangt, und so des Klägers Wiesen zu gute kommt. Um gleichwohl den Beklagten von jedem derartigen Mitgebrauche für den Zeitraum vom Ende der Heuernte jedes Jahres bis zu einem unbestimmten Zeitpunkte im Frühlinge des folgenden Kalenderjahres gänzlich auszuschließen, wird geltend gemacht, daß in Gemäßheit der citirten Entscheidungen, a. a. O. S. 74, das bevorzugte Recht desjenigen Ufereigenthümers anerkannt werden muß, welcher zum Zwecke der Wassernutzung eine dauernde Anlage in dem Flusse gemacht hat und damit den Uebrigen zuvorgekommen ist. Als eine solche dauernde Anstalt, deren bestimmungsgemäße Benutzung die übrigen Adjacenten durch den ihnen sonst zustehenden Mitgebrauch des Wassers in keiner Weise beeinträchtigen dürften, kann indessen die Vorrichtung nicht angesehen werden, mittels deren das Wasser des Grenzbaches in den Ableitungsgraben getrieben und von da den G.'er Wiesen zugeführt wird. Dieselbe besteht lediglich in einem aus Erde und Rasensoden gebildeten, mit Pflöcken befestigten Damme, welcher alljährlich im Herbste an der bezeichneten Stelle durch das Bachbett gelegt und im Frühlinge wieder entfernt wird. Gesetzt nun, diese Maßregel wäre ausreichend gewesen, das Bachbett so vollständig zu sperren, daß alles zuströmende Wasser beim Mangel anderer Auswege in den Graben gedrängt wäre; gesetzt ferner, letzterer wäre auch vor der, erst im Herbste 1869 vorgenommenen Erweiterung fähig gewesen, die ganze Wassermasse zu fassen und weiter zu leiten; so würde doch immer noch keine dauernde, von einem Jahre in's andere fortwirkende Präoccupation des gesammten Wasservorraths bewerkstelligt sein, wie dies s. B. rücksichtlich der treibenden Kraft desselben durch die Anlegung einer Mühle geschieht. An diesem Ergebniß wird auch durch die Klagbehauptung nichts geändert, daß vor der zu Anfang des gegen-

wärtigen Jahrhunderts erfolgten ersten Einrichtung des fraglichen Rieselwerks der derzeitige Besitzer des Gutes B., v. D., für den das Bachwasser werthlos gewesen sei, da seine angrenzenden Gelände ihrer Lage und Beschaffenheit nach eher der Entwässerung als der Anfeuchtung bedurft hätten, dem v. V., dem damals G. gehörte, auf dessen Bitte ausdrücklich das Recht eingeräumt habe, sich des ganzen durch den Grenzgraben fließenden Wassers für seinen Zweck zu bemächtigen. Diese Behauptung würde nur dann von Bedeutung sein, wenn dieselbe dahin verstanden werden könnte, daß der v. D. durch Vertrag mit dem v. V. für das Gut G. ein dingliches Wasserleitungsrecht constituirt und seinem Gute B. eine entsprechende Grunddienstbarkeit aufgelegt hätte, weil sonst die angeblich getroffene Vereinbarung für die beiderseitigen Singularsuccessoren wirkungslos sein würde. Einer solchen Servitutbestellung würde ein rechtliches Hinderniß allerdings nicht im Wege stehen; denn da nach einheimischem Rechte alle nicht schiffbaren, wenn auch stetig fließenden Gewässer zu den Privatflüssen gerechnet werden, das Bett derselben mithin Gegenstand des Privateigenthums ist, und im vorliegenden Falle die den beiden Ufern parallel gehende Mittellinie der Bachsohle die Grenze bildet, so würde schon ein dem Gute G. zustehendes Recht, einen die ganze Breite des Bachbettes ausfüllenden Damm zu errichten, für die zu B. gehörende Grabenhälfte als ein **jus in re aliena** sich darstellen. Es kann indessen die zwischen den beiderseitigen Vorbesitzern angeblich getroffene Vereinbarung, wie dieselbe in der Klagschrift referirt ist, nicht als vertragsweise Bestellung einer dinglichen Wasserleitungsgerechtigkeit, zumal von solcher Ausdehnung, daß die Besitzer des dienenden Gutes für immer von aller Theilnahme an der Benutzung des Wassers ausgeschlossen sein sollten, angesehen werden. Wenn der v. D. lediglich aus Gefälligkeit dem ihm persönlich befreundeten Kammerherrn v. V. gestattete, jeden Herbst den Grenzbach zu stauen und alles Wasser zur Berieselung seiner Wiesen zu verwenden, so ist damit nur eine der Person gemachte Concession ausgesprochen, aber nicht gesagt,

daß damit auch allen künftigen Besitzern von G. ein Recht dieses Inhalts eingeräumt und ein die eigenen Besitznachfolger des Concedenten bindendes Versprechen ertheilt, genug, daß eine Prädialservitut bestellt sein solle. Eben so wenig, wie durch diese Concession, ist das libellirte Recht als **jus in re aliena** durch Ersitzung erworben. Ist seit der Vereinbarung mit dem v. D. und auf Grund derselben sowohl von dem v. B., wie von dem Kläger, so lange er Eigenthümer von G. ist, ununterbrochen alljährlich in der angegebenen Weise gerieselt, und sind in diesem Betreff die Voraussetzungen einer Servitutenersitzung, insbesondere guter Glaube und fehlerfreie Rechtsübung gegeben, so ist damit doch immer nur das Recht erworben, auch ferner, wie bisher, das Bachwasser aufzustauen. Diese Befugniß wird ihm denn auch im gegenwärtigen Processe nicht länger streitig gemacht, da der Beklagte mit der auf Wegräumung des Staues gerichteten Widerklage, wiewohl aus anderen Gründen, abgewiesen ist und sich dabei beruhigt hat. Allein der klagend verfolgte Anspruch wird dadurch noch nicht begründet, daß der Besitzer von B. das jährliche Abdämmen des Baches zu dulden hat; es muß vielmehr noch eine zum Unterlassen verpflichtende Grunddienstbarkeit hinzukommen, darin bestehend, daß auf B.'er Seite keine Veranstaltungen getroffen werden dürfen, durch welche das aufgestaute Wasser auch nur zum Theil gehindert wird, in den Graben überzutreten; und der Besitz einer solchen **servitus in non faciendo** wird bekanntlich dadurch noch nicht erworben und fortgesetzt, daß der bestehende factische Zustand zur Geltendmachung des prätendirten Untersagungsrechts keinen Anlaß bietet; dasselbe muß vielmehr von dem Vertreter des dienenden Grundstücks ausdrücklich anerkannt oder gegen denselben mindestens einmal mit Erfolg ausgeübt sein. An diesem wesentlichen Erfordernisse eines den eingeklagten Anspruch deckenden Besitzstandes fehlt es gänzlich, und es kann daher die erhobene Klage auch nicht als Interdict zum Schutze eines Rechtsbesitzes aufrecht erhalten werden.

---

17. Lübisches Fensterrecht. Ku. 1400/1871.

An einem Orte, wo Lübisches Recht gilt, hatte ein Hauseigenthümer einen Neubau errichtet und in der Seitenwand, welche vom Nachbarhause nur durch einen schmalen Gang getrennt ist, mehrere Fenster angelegt. Als etwa zehn Jahre später dieses benachbarte Gebäude um ein Stockwerk erhöht wurde, forderte er wegen der dadurch herbeigeführten Verdunkelung jener Fenster die Herstellung des bisherigen Zustandes.

Das Oberappellationsgericht bestätigte durch Bescheid vom 29. Januar 1872 ein Erkenntniß, welcher den Klagantrag für begründet erklärt hatte.

Gründe:

Ist der Sinn des Art 7, lib. III. tit. 12 des Lübischen Rechts auch nicht dahin aufzufassen, daß Derjenige, welcher bauet, dem Nachbarn nicht solche Vortheile oder Annehmlichkeiten entziehen dürfe, welche letzterer vermöge der bisherigen Einrichtung des Nachbarhauses factisch genossen hat, so findet diese gesetzliche Bestimmung doch allenthalben dort Anwendung, wo durch die Einrichtung oder die Lage der Nachbarhäuser, selbst ohne ausdrückliche Vereinbarung, gewisse rechtliche Beziehungen derselben zu einander entstanden sind, welche eben einseitig durch den einen Nachbarn nicht geändert werden sollen, sobald dadurch dem Nachbargrundstücke in seinem rechtlichen Bestande ein beachtlicher, den Sachwerth beeinflussender Nachtheil zugefügt wird. Ein Fall der letzteren Art liegt hier vor. Wenn der Art. 13 in dem gedachten Titel des Lübischen Rechts vorschreibt, daß keine neue Fenster, da vormals keine gewesen, ohne der Nachbarn Willen und Vergünstigung angelegt werden sollen, so legt derselbe damit den Grundstücken eine Eigenthumsbeschränkung auf; es tritt aber eine Befreiung von dieser Beschränkung ein, wenn solche Fenster rechtsbeständig angelegt sind, der Hausbesitzer gewinnt alsdann dem Nachbarn gegenüber das specielle Recht, die Fenster dort zu haben und zu behalten, und dies Recht beruhet nicht etwa in den allgemeinen Befugnissen, welche an sich, wie im

Römischen Rechte, mit dem Eigenthume verknüpft sind, sondern in dem besonderen, durch die Fensteranlage hervorgerufenen Rechtsverhältnisse. Dadurch allein würde nun freilich für den Inhaber eines solchen Grundstücks die Befugniß nicht begründet sein, dem Besitzer des Nachbargrundstücks die Vornahme von Bauten innerhalb der Grenzen des letzteren zu verbieten, durch welche jene Anlage in ihrer Wirksamkeit wieder aufgehoben oder beeinträchtigt würde. Allein hier tritt eben die Vorschrift des Art. 7 cit. ein, welcher einer solchen Anlage gegenüber den Nachbarn in der vollen Ausübung seiner Eigenthumsbefugnisse in der oben angegebenen Richtung beschränkt, und ist hier sofort hervorzuheben, daß sowohl nach der Stadtbuchordnung vom 22. December 1829, § 16, Nr. 3, als auch nach der revidirten Stadtbuchordnung vom 21. December 1857, § 1, Nr. 2, a. Eigenthumsbeschränkungen dieser Art zu ihrem rechtlichen Bestande der Eintragung in das Stadtbuch nicht bedürfen.

Fenster haben den Zweck, dem Gebäude Licht und Luft zu verschaffen, und schon hierin liegt es, daß ein unter den Art. 7 cit. fallender Schade nicht blos alsdann eintritt, wenn dieselben durch die Aufführung einer Wand in unmittelbarer Nähe ganz verbauet werden, sondern auch in dem Falle, wenn die Wand in solcher Nähe errichtet wird, daß dadurch den Fenstern das Licht in einem beachtenswerthen Maße entzogen wird und dieselben ihren Zweck nicht mehr wie in früherer Weise erfüllen können. Dies ist denn auch in dem auf dem Lübischen Rechte beruhenden Rostocker Stadtrechte Art. 11, Thl. III. Tit. 12 ausdrücklich ausgesprochen, so wie in der Praxis anerkannt, wogegen die entgegenstehende Ansicht von Mevius in dessen Commentar zu dem Art. 7 cit. Summar. 14, sowie zum Art. 8 ibid. Nr. 16 sich Geltung zu verschaffen nicht gewußt hat.

cfr. Baleke dissert. de differentiis juris communis, Lubec. et Rostoch. in materia luminum §§. XXV — XXIX — in Gesterding Thesaurus juris Lubec. pag. 132 ff.

cfr. Eichhorn, Einleitung in das deutsche Privatrecht, §. 183 a. E.

cfr. Bruhn, Entscheidungen des Oberappellationsgerichts zu Lübeck, Bd. I, p. 140 und 422.

v. Nettelbladt, Rechtssprüche des Oberappellationsgerichts zu Parchim, Bd. V, pag. 57, not. 3.

Hiesige Entscheidungen, B. V, pag. 134, 135.

Zwar behauptet der Beklagte, und es ist vom Gegner zugestanden, daß letzterer bei der Anlage der Fenster die ausdrückliche Genehmigung des damaligen Besitzers des Nachbarhauses, welches jetzt in seinem, des Beklagten, Eigenthume steht, nicht nachgesucht und erhalten habe, und er will hieraus sein Recht, nicht bloß jene Fenster zu verbauen, sondern auch deren Fortnahme zu begehren, herleiten. Allein es liegt gleichfalls unbestritten vor, daß der Kläger sein jetziges Wohnhaus bereits im Jahre 1858 erbaut und damals sofort die Fensteranlage gemacht hat, und daß ein Widerspruch gegen die letztere bisher nicht erfolgt ist. Genügt nun auch das bloße Dulden, die **patientia**, des Nachbarn an sich nicht, um solchen Anlagen gesicherten Rechtsbestand zu verleihen, so ist dies doch anders, wenn ein solcher Zustand Jahr und Tag unangesprochen bestanden hat. Die betreffende Vorschrift des Art. 2, lib. I. tit. 8 des Lübischen Rechts kann dort keine Geltung beanspruchen, wo ein streitiges Rechtsverhältniß seine Normen aus dem Römischen Rechte empfängt, vielmehr kommen alsdann die Verjährungsfristen des letzteren zur Anwendung; allein allenthalben da, wo ein Rechtssatz zur Frage steht, welcher lediglich in dem Lübischen Rechte begründet ist, wie dies mit den Bestimmungen der Art. 11, 12, 13 lib. III. tit. 12 desselben der Fall ist, hat der Satz nach wie vor seine volle Bedeutung. In den vom Beklagten in jetziger Instanz angezogenen Entscheidungen in zweien hier in den Jahren 1862 und 1868 anhängig gewesenen Sachen findet sich kein Ausspruch, welcher Entgegengesetztes enthielte.

---

18. Altentheil von Bauergütern. Se. 1622/1870.

Der Käufer einer bäuerlichen Erbpachthufe hatte die Verbindlichkeit übernommen, der Wittwe eines Vorbesitzers den ihr gebührenden, in genau fixirten Naturalleistungen bestehenden Altentheil auch ferner auf dem Gehöfte zu reichen. Die Berechtigte hatte später ihren Wohnsitz verlegt, benutzte also ihre Altentheilswohnung nicht mehr und bewirthschaftete den zum Anbau von Kartoffeln und Flachs ihr anzuweisenden Acker nicht selbst. Seitdem war ihr das zu liefernde Stroh vorenthalten, während die übrigen Emolumente an Brotkorn u. s. w. nach wie vor verabreicht und von einem Beauftragten der Wittwe abgeholt waren. Sie forderte nun klagend, daß ihr auch das Stroh zum Zwecke der Wegführung an ihren Wohnort auf dem Gehöfte geliefert werde, und erreichte auch in erster Instanz eine entsprechende Verurtheilung des Beklagten. Auf dessen Appellation wurde jedoch erkannt, daß es zwar bei dem Erbieten des Beklagten verbleibe, der Klägerin, sobald sie mit ihrem Vieh auf das Gehöft zurückgekehrt sein werde, das Stroh zum Verbrauche auf der Erbpachtstelle zu liefern, im Uebrigen aber die Klage angebrachter Maßen abgewiesen werde, und das Oberappellationsgericht bemerkte zu seinem bestätigenden Bescheide vom 28. März 1870:

> Altentheil oder Leibzucht ist die dem deutschen Bauernrechte eigenthümliche Altersversorgung, welche der Gehöftsnachfolger seinem Vorgänger, resp. dessen Wittwe nach Gesetz, Herkommen oder auf Grund eines Vertrages in Form einer lebenslänglichen Naturalverpflegung auf dem Gehöfte und aus dessen Erträgen zu gewähren hat. Sind die zu diesem Zwecke zu gewährenden Prästationen nicht von dem jeweiligen Bedürfnisse des Berechtigten abhängig gemacht, sondern, wie im vorliegenden Falle, von vorn herein nach Art und Maß genau festgestellt, so mag der Altentheiler über die zu seinem persönlichen Verbrauche bestimmten und deshalb durch die Lieferung in sein unbeschränktes Eigenthum übergehenden Emolumente frei verfügen, dieselben also, wenn und so weit

sie ihm entbehrlich sind, beliebig veräußern. Eine gleiche Befugniß steht ihm aber nicht zu rücksichtlich solcher Emolumente, welche nicht einem persönlichen Bedürfnisse unmittelbar abhelfen sollen, sondern mit den dem Altentheiler an dem Gehöfte selbst eingeräumten Nutzungsrechten in Zusammenhang stehen und lediglich durch diese bedingt werden. Dazu gehört die fragliche Strohlieferung, welche den Bedarf der von der Appellantin in ihrer Altentheilswohnung mit der dazu gelegten Ackercompetenz bei eigener Viehhaltung zu führenden selbständigen Wirthschaft decken soll, mithin voraussetzt, daß sie von den ihr an dem Gehöfte selbst zu diesem Zwecke zustehenden, nach dem Wesen jeder Altentheilsberechtigung höchst persönlichen, unübertragbaren Nutzungsrechten Gebrauch macht.

---

19. Rechtliche Natur des bäuerlichen Altentheils. Können die Altentheilsemolumente im Concurse der Gläubiger des Berechtigten zur Masse gezogen werden? Ko. 1399/1871.

Die Ehefrau K. hatte aus der heimgefallenen Bauerhufe ihres verstorbenen ersten Ehemanns den gewöhnlichen Altentheil für ihre Lebenszeit zu fordern. Statt der ihr gebührenden Naturalemolumente empfing sie von der Grundherrschaft laut getroffener Vereinbarung eine feste Jahresrente in baarem Gelde; auch wurde ihr die Hufe demnächst zu Erbpachtrecht verliehen. Sie konnte indessen die rücksichtlich des creditirten Erbstandsgeldes bedungenen Zahlungsfristen nicht halten und es wurde deshalb über ihr Vermögen der formelle Concurs eröffnet. Das Gericht wollte jene Rente ohne Weiteres zur Masse ziehen. Das Oberappellationsgericht verordnete aber auf Querel der Cridarin durch Bescheid vom 16. December 1871, daß zunächst mit dem

interessirenden Gläubiger Verhandlung einzuleiten und sodann anderweitig zu entscheiden sei.

Gründe:

Die Altersversorgung, welche als sogenannter Altentheil dem abtretenden Besitzer eines bäuerlichen Grundstücks, dem hinterbleibenden Ehegatten eines verstorbenen Besitzers und dem Interimswirthe nach Ablauf seiner Mahljahre durch Gesetz, Herkommen oder Vertrag gewährt zu werden pflegt, ist insofern thatsächlich eine Alimentation, als die Leistung nach Zweck, Art und Umfang darauf berechnet ist, dem Empfänger Dasjenige zu bieten, was er zu seinem standesmäßigen Unterhalte bedarf. Freilich besteht zwischen einer Altentheilsberechtigung und dem gesetzlichen Alimentationsanspruche, welchen das gemeine Recht in dem Verhältnisse der Verwandten auf- und absteigender Linie gewährt, der Unterschied, daß jene nicht, wie dieser, Dürftigkeit des Empfängers voraussetzt, sondern auch dann entsteht, beziehungsweise fortdauert, wenn der Berechtigte ausreichende eigene Mittel besitzt oder erwirbt, um seine Lebensbedürfnisse selbst bestreiten zu können; allein das wesentliche Merkmal einer Alimentation liegt eben in der eigenthümlichen Zweckbestimmung, nicht aber in der Subsidiarität der Leistung. Demnach unterliegt es keinem Zweifel, daß bäuerliche Altentheile auch rücksichtlich derjenigen Prästationen, welche nicht schon ihrer Natur nach unübertragbar an die Person des Berechtigten gebunden sind, sondern in baarem Gelde oder veräußerlichen Objecten bestehen, zu den „Alimentengeldern aller Art“ gehören, welche nach §. 28, 2 des Gesetzes vom 30. September 1857 einem Exequenden, welcher sich selbst zu ernähren außer Stande ist, nur so weit entzogen werden dürfen, als dadurch der nothwendige Unterhalt für ihn und die Seinen nicht verkürzt wird. Ob und in welchem Maße die thatsächlichen Voraussetzungen dieses Grundsatzes, welcher auch in Concursfällen zu Gunsten des Cridars stets angewendet ist, im vorliegenden Falle gegeben sind, läßt sich ohne vorgängiges contradictorisches Verfahren nicht beurtheilen. Eine aus nicht jungirten Amtsacten entnommene

Notiz ergiebt zwar, daß die Querulantin aus der von ihr demnächst zu Erbpachtrecht gekauften Hufe als Hauswirthswittwe ihres ersten Ehemannes ein Altentheil zu beziehen hatte, und statt dessen seit der Vererbpachtung der Stelle jährlich 50 Thlr. von der Grundherrschaft empfängt; es wird aber nicht ersichtlich, welches Rechtsgeschäft dieser Umwandlung ihres Anspruchs zum Grunde liegt, ob lediglich das Object der Leistung geändert, deren rechtliche Bedeutung eines Altentheils aber aufrecht erhalten ist, oder ob eine vollständige Ablösung, bei welcher statt einer Kapitalabfindung eine Leibrente bedungen wurde, Statt gefunden hat. Sodann bedarf auch noch die eventuelle Frage der Lösung, ob und wie weit die Cridarin jene Rente entbehren kann, ohne selbst Noth zu leiden. Durch die concursrichterliche Bemerkung, daß sie eine junge, rüstige und arbeitsfähige Frau sei, auch überdies gar nicht für sich zu sorgen habe, da ihr jetziger Ehemann sie alimentiren müsse, wird ihre entgegenstehende Behauptung, daß sie kränklich und außer Stande sei, mit ihrer Hände Arbeit sich und ihr Kind zu ernähren, ihr entwichener latitirender Mann aber sie mittellos im Stiche gelassen habe, nicht beseitigt, und ohnehin würde die jetzt etwa vorhandene Fähigkeit der Cridarin, ohne Beihülfe das Erforderliche für sich und ihr Kind zu erarbeiten, für die Folgezeit nicht maßgebend sein, also die vorbehaltlose Heranziehung der Rente zur Concursmasse nicht rechtfertigen.

---

20. Erfordernisse der Klage aus §. 29, 1 der revidirten Stadtbuchordnung vom 21. December 1857. Ku. 162/1870 Str.

Der durch eine zusammenhangende Reihe fehlerfreier Cessionen legitimirte Inhaber einer Stadtbuchschrift klagte gegen den

Eigenthümer des belasteten Grundstücks auf Rückzahlung des Capitals nebst Verzugszinsen seit dem Fälligkeitstermine und bat um einen bedingten Zahlungsbefehl, indem er mit der Klage eine notarielle Beurkundung der geschehenen Kündigung und eine Copie des Hypothekenscheines, deren Richtigkeit von einem Notar am Tage der Klageerhebung beglaubigt war, vorlegte. Das Proceßgericht verlangte vor Weiterem die Beibringung des Originalhypothekenscheines, wogegen der Kläger ohne Erfolg querulirte, hervorhebend, daß er thatsächlich nicht im Stande sei, der Auflage zu genügen, da er den Hypothekenschein verpfändet habe und erst mit dem vom Beklagten zu zahlenden Gelde zum Zwecke der Zurückzahlung wieder einzulösen gedenke.

Gründe des bestätigenden Querelbescheides vom 3. October 1870.

Indem der § 29, Nr. 1 der revidirten Stadtbuchordnung vom 21. December 1857 bestimmt, daß auf die genügend begründete, Seitens des Inhabers einer Stadtbuchschrift aus derselben erhobenen Klage ein bedingter Zahlungsbefehl zu erlassen sei, ist dieses Verfahren im Allgemeinen davon abhängig gemacht, daß der Kläger Besitzer des Originalhypothekenscheins sei, oder einem solchen nach §. 38, Nr. 5 gleichstehe. Dies wird noch durch die Bestimmung des §. 38, Nr. 3, Abs. 2, und in näherer Beziehung auf einen Fall der vorliegenden Art durch die Nr. 1 und 2 daselbst verstärkt. Ist nun auch in Betreff der zur Einleitung des Mandatsprocesses erforderlichen Bescheinigungen nichts geändert, und kann in jener Bestimmung insbesondere nicht gefunden werden, daß zur Erlangung des summarischen Verfahrens der Klage sofort der Originalhypothekenschein beizufügen sei, muß vielmehr rücksichtlich des Erfordernisses der Klage, daß der Kläger denselben innehabe, ebenso wie hinsichtlich der Eintragung und der Cessionen, eine Bescheinigung den sonstigen Regeln des Mandatsprocesses gemäß genügen, so kann sich der Kläger auf Verlangen des Gerichts doch nicht entziehen, den Hypothekenschein im Original vorzulegen, zumal wenn, wie hier, der die Abschrift beglaubigende Notar nicht einmal

bezeugt, daß ihm das Original vom Kläger vorgelegt worden. Jetzt liegt sogar vor, daß der Querulant zur Zeit nicht Inhaber des Hypothekenscheins ist, indem er in seiner jetzigen Querelschrift bekennt, daß er denselben verpfändet habe.

---

21. Verhältniß einer eingetragenen Gutsschuld zu der unterliegenden Obligation.

Es ist in neuerer Zeit öfter vorgekommen, daß Realgläubiger, welche beim Zwangsverkaufe des belasteten Grundstückes ihre Befriedigung nicht finden oder einen Ausfall befürchten, den zahlungsfähigen Dritten in Anspruch nehmen, welcher aus dem der Gutsschuld zu Grunde liegenden obligatorischen Rechtsgeschäfte als persönlicher Schuldner haftet. Ist der Hypothekenschein nicht mehr in erster Hand, sondern bereits weiter begeben, so ist es eine lediglich nach dem Inhalte des Uebertragungsactes zu beantwortende **quaestio facti**, ob der Cedent die ihm etwa zuständig gewesene obligatorische Forderung dem Erwerber der Gutsschuld mit abgetreten hat; denn diese kann, als eine selbständige dingliche Belastung des Gutes, ohne eine entsprechende persönliche Schuld bestehen und folglich auch übertragen werden. Das Oberappellationsgericht hat mehrfach Gelegenheit gehabt, sich in diesem Sinne auszusprechen.

I. Me. $732/_{1865}$.

Zu dem Hypothekenbuche des Landgutes X. waren Fol. 35 bis 38 vier Posten zu 1000 Thlr. auf Grund von Darlehnsschuldverschreibungen des damaligen Eigenthümers S. für die Darlehnsgläubigerin B. eingetragen und sodann auf die L. umgeschrieben in Folge einer „ohne Vorbehalt, aber auch ohne Gewährleistung“ ausgestellten Cessionsacte, in welcher die B. als Gegenstand der Uebertragung ihre „Rechte aus Fol. 35—38 des Hypothekenbuches von X. groß 1000 Thlr.“ bezeichnete. Die L. cedirte weiter an M. „nach baar erhaltener Valuta die-

jenigen 1000 Thlr., welche laut anliegenden Hypothekenscheines für mich zu dem Gute X. aus dem Schuldscheine des S. radicirt stehen, mit allen Rechten, aber ohne Gewährleistung", und wurde später, nachdem das Gut in andere Hand gekommen und das cedirte Intabulat in dem Concurse des neuen Eigenthümers ausgefallen war, von ihrem Cessionar M. mit einer Klage auf Rückgewähr der ganzen Summe besprochen. Der Kläger gab an, er habe zunächst von S. die Zurückzahlung des Darlehns verlangt, dieser habe jedoch erklärt und bescheinigt, daß er bereits vor der ersten Cession durch die ursprüngliche Gläubigerin B. von seiner persönlichen Schuld liberirt worden sei. Da nun die Beklagte, ohne hiervon Mittheilung zu machen, vorbehaltlos weiter cedirt habe und diese Cession auch die Darlehnsforderung ergreife, so müsse sie, wenn auch nicht für deren Güte, doch für deren Rechtsbestand aufkommen.

Das Oberappellationsgericht bestätigte durch Querelbescheid vom 16. November 1865 die Verfügung, durch welche diese Klage ohne Verhandlung sofort zurückgewiesen war.

Gründe:

Geht auch aus dem Inhalte der von ihm seiner Klage abschriftlich beigefügten Hypothekenscheine so viel hervor, daß die Eintragung der betreffenden Forderungen in das Hypothekenbuch über das Landgut X. auf Grund einer von dem damaligen Besitzer S. ausgestellten, diesen Hypothekenscheinen angehefteten Schuldverschreibung geschehen ist, und würde daher bei einfacher Cession der durch diese Hypothekenscheine bekundeten Rechte nicht bloß die durch die Eintragung in das Hypothekenbuch begründete dingliche Forderung an das betreffende Gut, sondern auch mit ihr zugleich die persönliche Forderung wider den ursprünglichen Schuldner als cedirt anzusehen, daher, wenn diese Cession auf Grund eines Kaufes geschah, der Cedent für den rechtlichen Bestand der einen wie der andern Forderung aufzukommen verpflichtet sein, so hat doch, wie dem Kläger nach der Fassung der bezüglichen Cessionen nicht verborgen sein konnte, schon die ursprüngliche Inhaberin dieser Hypothekenscheine der Beklagten ausdrücklich

nur die ihr aus den betreffenden Folien des Hypothekenbuches über das Landgut X. zustehenden Rechte, also die ihr wider dieses Gut dinglich zustehenden Forderungen, wenn auch diese selbst ohne Vorbehalt cedirt, und Kläger hatte daher um so weniger Grund anzunehmen, daß die Beklagte ihm ein Mehreres, als ihr selbst übertragen war, habe cediren wollen, als nach der Fassung der von ihr ausgestellten Cessionen auch sie ausdrücklich ihm nur diejenigen 1000 Thlr. Courant cedirt hat, welche laut der anliegenden Hypothekenscheine, aus welchen der Umfang der ihr zu Theil gewordenen Cession zu ersehen war, für sie in dem Gut X. auf den näher bezeichneten Folien des Hypothekenbuches radicirt standen, da dieser Ausdruck klar darauf hinweist, daß auch sie ihm nur die wider das fragliche Gut ihr dinglich zustehenden Forderungen cediren wollte, und unter diesen Umständen der sichtlich bloß **demonstrationis causa** daneben stehende Zusatz: „aus dem Schuldscheine des S. vom 20. Januar 1860“ auch nicht einmal den täuschenden Schein erregen konnte, als habe ihm zugleich die ursprüngliche persönliche Forderung gegen diesen mit cedirt werden sollen.

Die in der Klage allerdings enthaltene Behauptung, daß die Beklagte dem Kläger auch die persönlichen Forderungen an S. cedirt habe, kann aber um deswillen keine Beachtung finden, weil sie offensichtlich keine selbständige Behauptung, sondern nur eine unbegründete Folgerung aus dem Inhalte des bezüglichen Cessionsdocumentes ist.

II. Fa. 548/1870.

Dasselbe Schicksal hatte eine andere Klage, welche unmittelbar gegen den früheren Eigenthümer des belasteten Grundstücks sich richtete, auf dessen Schuldverschreibung die Eintragung erfolgt war. Schon vorher war der persönliche Anspruch Gegenstand einer Cession gewesen: die erste eingetragene Gläubigerin hatte „den anliegenden Hypothekenschein“, ohne den persönlichen Anspruch zu erwähnen, weiter begeben, und von deren Cessionar

hatte der Kläger die Forderung erworben. Zur Begründung des Querelbescheides vom 21. Juli 1870 ist bemerkt:

Wie Kläger selbst jetzt zugiebt, beruht das angefochtene Respons auf der ganz richtigen Voraussetzung, daß er seine Activlegitimation zur Geltendmachung der eingeklagten Forderung lediglich aus den mit der Klage beigebrachten Cessionsacten folgere, also einen davon unabhängigen Erwerbsgrund nicht behaupten will. Diese Folgerung ist aber, in Uebereinstimmung mit einer von hier aus in einem gleichartigen Rechtsstreite früher abgegebenen Entscheidung, mit Recht als unzutreffend bezeichnet worden.

Nach § 16 der revidirten ritterschaftlichen Hypothekenordnung vom 18. October 1848 werden durch Eintragungen auf die Folien nicht Pfandrechte, sondern selbständige dingliche Belastungen des Gutes existent, deren volle rechtliche Wirksamkeit weder rücksichtlich ihrer Entstehung, noch ihres Fortbestandes durch die Coexistenz einer sicherzustellenden obligatorischen Forderung bedingt ist. Daraus folgt, daß der intabulirte Gläubiger, unbeschadet seines Realrechtes, seinen etwa daneben bestehenden objectiv identischen obligatorischen Anspruch aufzugeben im Stande ist, daß er namentlich bei einer Rechtsübertragung sich darauf beschränken kann, mit liberirender Wirkung für seinen persönlichen Schuldner lediglich sein durch den Hypothekenschein verbrieftes Recht aus der Eintragung zum Gegenstande einer Cession zu machen. Das ist im vorliegenden Falle geschehen. Die Wittwe P. hat die jetzt eingeklagte, von dem ursprünglichen Gläubiger ihr cedirte Forderung auf Grund der mit der Intabulationsclausel versehenen Schuldverschreibung des Beklagten für sich auf das Gut D. eintragen lassen und sodann im Johannistermin 1865 laut der beigebrachten Cessionsacte „den anliegenden Hypothekenschein" dem Rentier W. cedirt, ohne dabei anzudeuten, daß die Rechtsübertragung sich auch auf die aus dem mitangehefteten Schuldbekenntnisse des jetzigen Beklagten originirende persönliche Forderung erstrecken solle. Die ausdrückliche Bemerkung, daß die Cession „ohne Vorbehalt" geschehen, kann

sich eben nur, wie bereits zur Motivirung des decretum a quo hervorgehoben ist, auf die Vorbehaltlosigkeit der Uebertragung des Realrechtes beziehen, und deutet durchaus nicht auf die Absicht hin, die nicht erwähnte Forderung mit zu cediren. Durch diese Cessionsacte hatte W. mithin den libellirten Anspruch nicht erworben und konnte denselben folglich durch die weitere Cession dem Querulanten nicht verschaffen.

III. Ku. 1352/$_{1870}$.

In einem dritten Falle führte die Klage gegen den vormaligen Gutseigenthümer, dessen Darlehnsschuld die Grundlage des Intabulats bildete, zu einer Verurtheilung des Beklagten. Die Eintragung war für die hinterbliebenen minderjährigen Kinder und Erben des Darlehnsgebers geschehen, bei deren Auseinandersetzung war diese „Fol. 15 des Hypothekenbuches eingetragene Forderung" einem Miterben, dem nunmehrigen Kläger, vom Erbschaftsgericht überwiesen. Die vom Beklagten vorgeschützten Einreden ergeben sich aus nachstehenden Entscheidungsgründen zu dem bestätigenden Appellationsbescheide vom 22. Mai 1870.

Wenn auch nach § 16 der revidirten ritterschaftlichen Hypothekenordnung vom 18. October 1848 die durch die Eintragung in das Hypothekenbuch begründete selbständige dingliche Belastung des Gutes nicht nothwendig bedingt ist durch das Vorhandensein einer persönlichen Verhaftung des die Intabulation nachsuchenden Eigenthümers, so besteht doch eine solche Verpflichtung, wenn sie übernommen ist, mit der vollen Wirkung des in ihr liegenden obligatorischen Verhältnisses. Dieselbe ist auch nicht in dem Sinne ein accessorium der gleichzeitig bestehenden dinglichen Belastung, daß der Gläubiger beim Uebergange des Gutes auf einen andern Eigenthümer für seine Befriedigung principaliter auf das Intabulat angewiesen, und erst alsdann, wenn letztere hieraus nicht erfolgte, berechtigt wäre, seine Forderung gegen den ihm persönlich verpflichteten Schuldner geltend zu machen. Es sind vielmehr beide Schuldner in solidum verpflichtet, ein jeder derselben kann neben dem andern auf das Ganze belangt werden; erst die

Befriedigung des Gläubigers aus dem Intabulate hebt seine persönliche Forderung auf, und bis dahin kann er die letztere gegen seinen Schuldner geltend machen, welcher für den Fall der Zahlung nach §. 17 leg. cit. die Cession der Rechte aus dem Hypothekenscheine zu verlangen berechtigt ist. Es rechtfertigt sich deshalb die Einrede, daß der Kläger zuvor abzuwarten habe, ob das Intabulat Fol. 15 des Hypothekenbuches in dem über das Gut eröffneten Concurse zur Hebung komme, weder aus den Bestimmungen der gedachten Hypothekenordnung, noch aus den über die exceptio excussionis geltenden Grundsätzen, da der Schuldner seinen Gläubiger, welcher aus einer persönlichen Forderung gegen ihn klagt, niemals damit zurückweisen darf, daß derselben zu mehrerer Sicherheit noch ein Recht auf die Befriedigung aus einem in den Händen eines Dritten befindlichen Grundstücke zustehe. Daraus ergiebt sich dann zugleich die Grundlosigkeit der von ihm erhobenen Einreden der Litispendenz und des unzuständigen Gerichts.

Die Legitimation des Klägers ist durch das von demselben Beigebrachte hergestellt. Es ist allerdings richtig, daß bei Hypothekenscheinen das dingliche Recht an das Gut ohne die persönliche Forderung übertragen werden kann, wie in dem von ihm erwähnten Falle bei der Fassung des betreffenden Cessionsdocumentes anzunehmen war. Im vorliegenden Falle aber ist ausdrücklich „die Fol. 15 des Hypothekenbuches eingetragene Forderung" übertragen. Es kommt hinzu, daß aus der durch die Verschreibung vom 30. Juni 1851 verbrieften Darlehnsforderung der Kläger bereits vorher, ehe er den Hypothekenschein ganz erwarb, Gläubiger auf den vierten Theil derselben war; dies hat sich nicht verändert dadurch, daß dessen Mitgläubiger ihm die auf sie fallenden Antheile abgetreten haben. Letzteres geschah auf dem Wege der Erbtheilung, und es läßt sich daher nicht annehmen, daß seine Miterben die persönliche Forderung, welche allein bei ihnen zurückbleiben konnte, zu Gunsten des Schuldners hätten aufgeben wollen, vielmehr geht aus den gebrauchten Worten her-

vor, daß ihrem Miterben ihre Antheile so übertragen werden sollten, wie sie bei ihnen bestanden.

Unerheblich ist ferner die vorgeschützte exceptio doli. Denn, abgesehen von der bereits durch den Kläger und in dem vorigen Erkenntnisse hervorgehobenen mangelhaften Begründung derselben, kann eine Verpflichtung des Inhabers eines Hypothekenscheines, beim Ausbruche eines Concurses über das betreffende Gut dem ihm persönlich haftenden dritten Schuldner eine Anzeige von der Sachlage zu machen, damit dieser seine Rechte gegen seinen Contrahenten wahre, nicht anerkannt werden.

Was endlich die Einrede der Liberation anlangt, so ist die letztere so, wie der Appellant sie begründet hat, keinen Falls im Stande gewesen, ihn von der persönlichen Haftung seinem damaligen Gläubiger, der W.'schen Curatel, gegenüber zu befreien. Ein solcher persönlicher Anspruch an den Gutsbesitzer ist für den Inhaber eines Hypothekenscheines keinesweges bedeutungslos, und beim Verkaufe des Gutes ist der Gläubiger nicht gehalten, denselben aufzugeben oder auch nur einen neuen Schuldner anstatt des früheren anzunehmen. Ist der Acquirent des Gutes nicht einmal in dieselbe eingetreten, so ist eine solche Aufgabe eine reine Minderung der Sicherheit für die Realisirung der intabulirten Forderung und ein Act der Liberalität. Nach den Vorschriften der

§. 8, J. quibus alienare licet (2, 8),
l. 5, §. 8, l. 3, §. 5. D. de rebus eorum (27, 9),
ll. 16, 25. C. de administratione tutorum (5, 37),

welche durch die Polizei- und Landordnung von 1572, Tit. „Von Vormundschaften", Abs. 2, sowie in der Verordnung vom 25. Januar 1834 Nr. 2 für die hiesigen Lande bestätigt worden sind und in der Bestimmung des Rostocker Stadtrechts, Thl. I., Tit. 7, Art. 15 Anwendung gefunden haben, sind solche Handlungen von Vormündern ohne Genehmigung der Obervormundschaft nichtig, und kann den Rechten der Curanden dadurch nichts vergeben werden. Der Appellant hat weder behauptet, daß der neue Erwerber des Gutes die

aus dem Schuldschein sich ergebende Verpflichtung übernommen, noch daß die Obervormundschaft zu der in Bezug genommenen Liberation den Consens ertheilt habe, vielmehr ist die in der Replik gemachte klägerische Angabe, daß letzteres nicht geschehen sei, von ihm unwidersprochen geblieben.

Es rechtfertigt sich danach seine Verurtheilung sowohl in das Libellat, als in die Kosten.

IV. Da. 405/1871.

In einem vierten Falle erklärte das Oberappellationsgericht durch Bescheid vom 2. November 1871 abweichend von der Ansicht des Vorgerichts die Formel:

„ich cedire hiermit diejenigen 1000 Thlr., welche für mich im Hypothekenbuche des Gutes X. Fol. 75 eingetragen stehen“,

für ausreichend zur Mitübertragung der dem Intabulate unterliegenden Forderung und des dafür am Gesammtvermögen des Schuldners bestellten Pfandrechts.

V. Ha. 906/1871.

Eine gleichlautende Cessionsformel war bereits kurz zuvor in dem zu einer anderen Sache ergangenen Erkenntnisse vom 27. April 1871 ebenso gedeutet worden. Daneben hatte das Oberappellationsgericht noch über andere, das vorliegende Thema berührende Rechtsfragen sich ausgesprochen, welche durch vorgeschützte Einreden angeregt waren. Die Klage war auch in diesem Falle gegen den früheren Eigenthümer des belasteten Gutes gerichtet, dessen Darlehnsschuld dem Intabulate zu Grunde lag. Die Forderung war inzwischen bereits zweimal Gegenstand einer Cession gewesen. Der erste Cessionar hatte dieselbe dem neuen Gutseigenthümer gekündigt, dieser hatte das Capital anderweitig aufgeliehen und sich deshalb in Gemäßheit der ihm gesetzlich zustehenden Befugniß von dem befriedigten Gläubiger statt einer Quitlung eine Cession an den neuen Darleiher ertheilen lassen, welche obiger Formel entsprach. Der von diesem Cessionar erhobenen Klage wurde nun zunächst der Einwand entgegen-

gesetzt, daß eine Cession, die auf Verlangen des persönlich nicht haftenden Gutseigenthümers ertheilt sei, eben nur auf die Gutsschuld als solche zu beziehen sei und die danebenstehende persönliche Verbindlichkeit eines Dritten unberührt lasse. Daneben machte der Beklagte noch dilatorisch geltend: daß ihm die ursprüngliche Darlehnsforderung, welche jetzt gegen ihn eingeklagt werde, bisher noch gar nicht gekündigt sei; und endlich, daß der Kläger zuerst seine Befriedigung aus dem belasteten Gute zu suchen, also abzuwarten habe, ob und in wie weit er in dem derzeit anhängigen Concurse des Eigenthümers aus der Specialmasse Deckung erhalte. Diese Einreden, von denen die letztere in erster Instanz zu einer Beweisauflage geführt hatte, wurden sämmtlich verworfen.

Gründe:

1) Das durch die Eintragung in das Hypothekenbuch eines Gutes begründete Recht ist allerdings ein selbständiges dingliches Recht und setzt zu seiner Existenz keine daneben bestehende persönliche Forderung voraus. Wenn aber, wie im vorliegenden Falle, der Besitzer sich zur Rückzahlung eines empfangenen Darlehns persönlich verpflichtet und diese Forderung in das Hypothekenbuch eintragen läßt, so wird durch diese Eintragung die persönliche Verpflichtung des Darlehnsempfängers nicht aufgehoben, vielmehr kann die Forderung sowohl gegen das Gut, als auch den Darlehnsempfänger mit der condictio ex mutuo geltend gemacht werden. Vermöge der selbständigen Natur des dinglichen Rechts kann allerdings die persönliche Verpflichtung aufgehoben werden oder durch Confusion erlöschen, ohne daß dadurch der Bestand des dinglichen Rechts alterirt wird. Ebenso kann letzteres ohne die Forderung gegen die Person des Schuldners cedirt werden. Die Folge einer solchen beschränkten Cession ist aber, weil nur eine Forderung besteht, daß die persönliche Verpflichtung des Schuldners in einem solchen Falle als aufgehoben zu betrachten ist; und bei der Interpretation der Cessionsacten ist daher davon auszugehen, daß der Cedent entweder die Forderung in ihrem vollen Umfange, so wie er sie besitzt, oder

nur das dingliche Recht unter gleichzeitiger Liberirung des Schuldners aus der persönlichen Verhaftung auf den Cessionar hat übertragen wollen.

2) Im vorliegenden Falle hat nun der Beklagte mittels Schuldverschreibung vom 20. Januar 1854 sich persönlich zur Rückzahlung des ihm gemachten Darlehns verpflichtet, und ist nach dem Hypothekenscheine vom 21. Januar 1854 eben die Forderung des Pensionairs D. aus der angehefteten Schuldverschreibung vom 20. Januar 1854, Fol. 26 des Hypothekenbuches intabulirt worden. Wenn daher die D.'schen Erben demnächst die „laut des Hypothekenscheins für den Pensionair D. Fol. 26 des Guts B. intabulirte Capitalforderung von 1000 Thlr." an den Mechanikus L. cedirt haben, so kann darunter nur die laut dieses Hypothekenscheins intabulirte, aus der gedachten Schuldverschreibung originirende Forderung verstanden werden, und daß nur das durch die Intabulation begründete dingliche Recht habe cedirt werden sollen, ist um so weniger anzunehmen, als ausdrücklich bemerkt ist, daß die Cession ohne Vorbehalt und Neuerung geschehe, die den D.'schen Erben zuständigen Rechte danach folglich so cedirt sind, wie diese sie besessen haben. Dagegen kann auch die Fassung des Erhebungsdecrets kein Bedenken erregen, weil unter den darin genannten, Fol. 26 cedirten 1000 Thlr. nach dem Inhalte des Hypothekenscheins nur die aus der Schuldverschreibung vom 26. Januar 1854 originirende Forderung von 1000 Thlr. zu verstehen ist.

3) Dasselbe gilt von der späteren Cession des Mechanikus L., da unter denjenigen 1000 Thlr., welche laut Hypothekenscheins für ihn Fol. 26 des Hypothekenbuchs über B. versichert standen, aus den gleichen Gründen nur die laut des Hypothekenscheins eingetragene Forderung aus der gedachten Schuldverschreibung verstanden werden kann, und der Zusatz: ohne Vorbehalt, Neuerung und Gewährleistung, wiederum bekundet, daß er die ihm zustehenden Rechte, so wie er sie erworben hatte, cediren wollte. — Daß diese Cession nach voraufgegangener Kündigung des Capitals und in Folge dieser-

halb von dem damaligen Besitzer des Gutes gestellten Verlangens geschah, ist hierbei irrelevant. Denn die Frage, ob die nach §. 17 der Ritterschaftlichen Hypothekenordnung dem Gläubiger auferlegte Verbindlichkeit zur Cession sich nur auf das dingliche Recht beschränkt oder auch auf die persönliche Forderung zu beziehen ist, hat nur dann ein Interesse, wenn eine beschränkte Cession von Seiten des Schuldners verlangt oder die von diesem verlangte unbeschränkte Cession von Seiten des Gläubigers verweigert wird. Daß das eine oder andere im vorliegenden Falle geschehen sei, liegt nicht vor, und wenn, wie nach der Fassung der Cessionsacte anzunehmen, L. seine gesammten Rechte ohne Vorbehalt cedirt hat, so wird die Bedeutung der Cession durch den Umstand, daß er hiezu vielleicht nicht verpflichtet gewesen, nicht abgeschwächt.

4) Was ferner die von den Appellanten gegen das erste Erkenntniß erhobenen Beschwerden betrifft, so mußte der ihnen aufgelegte Beweis, daß die fragliche Forderung in den bei der Justiz-Canzlei anhängigen Debitwesen nicht zur Hebung gelangt sei, aufgehoben werden. — Die persönliche Verpflichtung des Schuldners ist, zumal wenn, wie im vorliegenden Falle, dem Gläubiger das **jus variandi et eligendi** ausdrücklich eingeräumt ist, keine subsidiäre, der Gläubiger daher berechtigt, den persönlichen Schuldner **principaliter** in Anspruch zu nehmen, und nur verpflichtet, diesem auf dessen Verlangen gegen Zahlung des Schuldbetrages die Forderung an das Gut zu cediren.

Zur Begründung der Klage auf Rückzahlung des Capitals gehört allerdings in solchem Falle, daß die Forderung dem Schuldner selbst gekündigt ist. Die Anstellung der Klage involvirt aber eine solche Kündigung, und kommt der Umstand, daß diese der Klage nicht voraufgegangen ist, nicht weiter in Betracht, wenn der Beklagte seine Verpflichtung bestreitet und während der Dauer des Rechtsstreites der Zeitpunkt der Fälligkeit des Capitals eingetreten ist.

---

22. Erstigkeitsverhältniß zwischen einer im Stadtbuche zur zweiten mit einer an demselben Tage zur dritten Rubrik bewirkten Eintragung.

Se. 1746/1872.

Der Magistrat zu S. hatte dem Müller St. die Concession zur Erbauung einer Windmühle gegeben und ihm das erforderliche Areal gegen einen sofort erlegten Preis und einen jährlich zu entrichtenden Canon zu Erbpachtrecht überlassen. Am 8. Juli 1863 wurde das Grundstück dem Erwerber im Stadtbuche zugeschrieben, zur zweiten Rubrik der bedungene Canon für den Magistrat und zur dritten ein verzinsliches Capital für X. eingetragen. Als später Specialconcurs eintrat, forderte X. mit seinem Intabulate der Forderung des Magistrats, welcher einen Canonrückstand liquidirt hatte, gleichgestellt zu werden, er verlangte ferner, daß der Verkauf ohne die Belastung zur zweiten Rubrik geschehe.

Diese Ansprüche wurden vom Oberappellationsgerichte in Uebereinstimmung mit der Entscheidung des Vorgerichts unterm 12. December 1872 abgewiesen.

Denn spricht auch in der l. 16, §. 8 D. de pignoribus (20, 1) der Römische Jurist Marcian sich dahin aus, daß, wenn an demselben Tage eine und dieselbe Sache zwei verschiedenen Gläubigern in gesonderten Acten ganz verpfändet ist, die dadurch begründeten Pfandrechte als gleichzeitig entstanden anzusehen seien, so kann doch dieser Entscheidung richtiger Ansicht nach — vergl. Dernburg, Pfandrecht, II., Seite 410 f. — keine principielle Bedeutung und deshalb auch keine absolute rechtliche Geltung beigelegt werden. Dieselbe steht nämlich in Widerspruch mit dem an sich ausnahmslosen Rechtssatze, daß Niemand mehr Rechte auf einen Andern übertragen kann, als er selbst hat, woraus ohne Weiteres folgt, daß, wie bei vorausgegangener Bestellung eines dinglichen Rechts der Eigenthümer nur das hiedurch beschränkte Eigenthum weiter veräußern kann, so auch bei vorausgegangener Verpfändung durch die spätere Pfandbestellung nur die bereits verpfändete Sache weiter verpfändet wird, wie

dies auch als sich von selbst verstehend allgemein anerkannt ist. Jene Entscheidung steht daher mit der Natur der Sache, der **ratio juris,** nicht in Einklang und kann nur als ein Auskunftsmittel, gewissermaßen ein Nothbehelf, für den Fall betrachtet werden, da sich über die zeitliche Aufeinanderfolge der an demselben Tage bestellten Pfandrechte, wie nicht selten vorkommen wird, nichts Sicheres ermitteln läßt.

Was sodann speciell unsere Stadtbuchordnung betrifft, so kann zunächst für das gegenseitige Rangverhältniß der zur dritten Rubrik an demselben Tage eingetragenen Hypotheken diese Entscheidung nie zur Anwendung kommen, weil über deren Priorität, von der immer ausdrücklich im Buche zu bemerkenden und nur in beschränktem Umfange zulässigen Gleichstellung oder Postposition mehrerer auf einander folgenden Posten abgesehen, stets die Reihenfolge entscheidet, in welcher sie eingetragen sind — vergl. revidirte Stadtbuchordnung §. 20.

Für das gegenseitige Rangverhältniß der zur zweiten und dritten Rubrik eingetragenen Belastungen wird aber im §. 34, 2, **B.** ausdrücklich vorgeschrieben, daß sich dasselbe nach der Zeitfolge ihrer Eintragung bestimmt, und, diesen grammatisch völlig klaren Ausdruck einschränkend auszulegen ist nicht nur an sich kein Grund vorhanden, da in der That solche verschiedene Eintragungen nur in zeitlicher Aufeinanderfolge geschehen können, sondern würde auch um so weniger zu rechtfertigen sein, als der gleich folgende §. 35, indem er in Nr. 1 und 2 die Consequenzen dieses durch die Zeitfolge bestimmten Rangverhältnisses beider verschiedenen Arten von Belastungen zieht, augenscheinlich den Fall einer gleichzeitigen Entstehung und eines daraus folgenden gleichen Ranges solcher verschiedenartiger Berechtigungen ganz von seiner Betrachtung ausschließt.

Weiter folgt aber auch aus dem Principe der Publicität, sowie des Rechtsbestandes und der Unumstößlichkeit aller durch die Eintragung in das Stadtbuch gesicherten Rechte, daß, wenn in dem Augenblicke, in welchem eine Eintragung zur dritten Rubrik erfolgte, schon eine Belastung zur zweiten Rubrik im Buche eingetragen stand, dieser der Vorzug vor jener gebührt

und ihr Rang nicht dadurch leiden kann, daß an demselben Tage noch die zeitlich spätere Eintragung geschehen ist, wie dies mit völliger Vernichtung der durch den Inhalt des Stadtbuchs Demjenigen, für welchen zuerst ein Recht bestimmter Art eingetragen worden, durch die zeitliche Priorität gebotenen Garantie der Fall sein würde, wenn alle unter demselben Datum geschehenen Eintragungen als gleichzeitig entstanden und deshalb im Range sich gleichstehend angesehen werden sollten.

Diese Folgerung kann daher auch aus denjenigen Bestimmungen der revidirten Instruction für den Stadtbuchbetrieb Nr. 20, **a** und Nr. 33, **a**, wonach bei jeder Eintragung im Stadtbuch nur der Tag derselben und nicht die besondere Tageszeit bemerkt wird, nicht abgeleitet werden, sondern es folgt aus dieser Verfahrungsweise nur, daß, wenn gleichzeitig mehrere Eintragungen zu derselben Rubrik oder zu verschiedenen beantragt werden, zugleich eine nähere Bestimmung über die den einzelnen zu verleihende Priorität und besondere Vorkehr über deren Kenntlichmachung getroffen werden muß, wie dies auch durch §. 12, 2 der Stadtbuchordnung und die Nr. 19 und 20 init. der revidirten Instruction dazu vorgesehen ist, und daß, wenn diese Vorkehr verabsäumt ist, allerdings hinsichtlich des durch die Zeitfolge bestimmten Rangverhältnisses verschiedener an demselben Tage geschehener Eintragungen zur zweiten und dritten Rubrik schwer zu lösende Zweifel und Collisionen entstehen können.

Das Princip selbst, wodurch dieses Rangverhältniß bestimmt ist, wird hiedurch aber nicht durchbrochen, und so lange es in einem Falle dieser Art noch möglich ist, gesicherte Anhaltspunkte für dessen Anwendung zu gewinnen, würde es völlig unzulässig sein, zu dem letzten Auskunftsmittel der Annahme gleichzeitiger Entstehung und gleicher Priorität der an demselben Tage begründeten Rechte zu greifen.

Ein solcher sicherer Anhaltspunkt ist nun aber vorliegenden Falles durch die völlig klare und bestimmte Vorschrift des §. 6, 1 und 2 der Stadtbuchordnung gegeben, wonach bei eintretender Scheidung von Obereigenthum und nutzbarem Eigenthum, wenn letzteres auf den Nutzeigenthümer verlassen wird, diesem das

Folium zur Eintragung nicht eher eröffnet wird, als bis zuvor der Kanon und alle sonstigen Rechte des Obereigenthümers beziehungsweise in die zweite oder in die dritte Rubrik eingetragen sind. Denn da nach Ausweis der vorliegenden Stadtbuchextracte unbestrittenermaßen an demselben Tage, dem 8. Juli 1863, die Verlassung des nutzbaren Eigenthumes auf den Müller St. zur ersten, die Eintragung der der Stadt als Obereigenthümerin nach dem Erbpachtcontract zustehenden Rechte zur zweiten und der dem X. zustehenden Forderungen zur dritten Rubrik geschehen ist, so kann bei der Vermuthung, die für die Legalität obrigkeitlicher Acte streitet, schon von vorn herein gar nichts Anderes angenommen werden, als daß die Eintragung der der Stadt erbpachtcontractlich zustehenden Rechte zur zweiten Rubrik zeitlich früher, als die Intabulation der an demselben Tage eingetragenen Forderungen zur dritten Rubrik geschehen ist.

Diese schon aus den einschlagenden gesetzlichen Bestimmungen, welche selbst nicht etwa eine Singularität enthalten, sondern durch die Natur der Sache gefordert sind, sich ergebende und durch keine entgegenstehende Behauptung oder Nachweisung entkräftete Annahme wird nun aber auch durch die beigebrachten Extracte aus dem Protocollbuche für die erste und demjenigen für die dritte Rubrik, wie in den Gründen des angefochtenen Bescheides näher ausgeführt ist, in solcher Weise bestätigt, daß jeder Zweifel an deren Richtigkeit schwindet. Auch durften diese Vorverhandlungen zur Beseitigung des erhobenen Zweifels um so mehr in Bezug genommen werden, als solche keineswegs etwa mit dem bezüglichen Inhalte des Stadtbuchs selbst abstimmig sind, sondern daraus vielmehr Dasjenige hervorgeht, was nach Nr. 19 und 20 der revidirten Instruction zur Stadtbuchordnung, wenn es nicht schon aus dem Stadtbuche selbst nach dessen Einrichtung sich ergiebt, durch sie eben fest- und klargestellt werden soll; und, wie es der Beweiskraft der bezüglichen Aufzeichnungen in keiner Weise entgegensteht, daß der Magistrat, unter dessen Leitung dieselben vorgenommen sind, und der jetzt als Partei auftritt, selbst Rechte dadurch erwarb, so konnte auch der Proceßgegner sich aus diesem Grunde der

Erklärung über diese als öffentliche sich darstellenden Urkunden nicht mittels einer einfachen Bestreitung ihres Inhalts entziehen.

Mit Recht ist daher den für die Gegenseite zur zweiten Rubrik eingetragenen Belastungen des zu subhastirenden Grundstücks der Vorrang vor den für X. an demselben Tage eingetragenen Forderungen zugesprochen und demgemäß weiter erkannt, daß dasselbe mit diesen Belastungen zu versteigern sei.

---

23. Eintragung eines Capitals zur Sicherung eines Canons in die dritte Rubrik des Stadtbuchs. Lo. 715/$_{1874}$.

Der Müller R. erhielt im Jahre 1845 von dem Magistrate einer Stadt die erbetene Erlaubniß, eine neue Windmühle auf städtischer Flur anlegen und betreiben zu dürfen, auch wurden ihm zur Erweiterung des Bauplatzes von den anstoßenden Cämmereigrundstücken 18 □R. abgetreten. Dagegen verpflichtete er sich:

1) daß er und seine Nachfolger im Eigenthumsbesitze der Mühle für die obrigkeitliche Erlaubniß zur Erbauung derselben, für den Müllereibetrieb und für die eigenthümliche Ueberlassung eines Hausbauplatzes aus den Cämmereigrundstücken jährlich zu Michaelis eine immerwährende, unabänderliche Recognitionsabgabe und Grundpacht von 100 Thlr. N$^2/_3$ zu bezahlen haben,
2) daß zur Sicherung der Cämmerei für diese Abgabe das einer vierprocentigen Rente entsprechende Capital von 2500 Thlr. N$^2/_3$ an erster Stelle auf das Mühlengrundstück eingetragen werde.

Diese Eintragung erfolgte zur dritten Rubrik. Im Jahre 1856 entstand Specialconcurs über das Mühlengrundstück, nachdem

dasselbe bereits in dritte Hand gekommen war. Der Käufer wünschte der Auszahlung des Sicherheitscapitals überhoben zu sein und beantragte beim Magistrate, daß nunmehr nach Maßgabe der revidirten Stadtbuchordnung vom 21. December 1857 der Canon selbst mit 116 Thlr. 32 ßl. Crt. zur zweiten Rubrik eingetragen werde. Der Magistrat beließ zwar das Capital dem Käufer, zog aber die Fortdauer des alten Verhältnisses vor, und so wurde für die Stadt wieder an erster Stelle der dritten Rubrik intabulirt:

„zur Sicherheit eines alljährlich zu entrichtenden Canons von 116 Thlr. 32 ßl. Crt. ein Capital von 2916 Thlr. 32 ßl. Crt. zu 4 Proc. Zinsen."

Als hierauf nach abermaligem Besitzwechsel im Jahre 1873 wiederum Specialconcurs eröffnet wurde, wollten mehrere nachstehende Realgläubiger den vorgehenden Anspruch der Stadt nur für die bis zum 1. Januar 1873 rückständigen Zinsen, nicht aber für die von da an laufenden Zinsen und für das Capital selbst anerkennen, da dasselbe lediglich zur Sicherung eines Canons eingetragen sei, welcher sich im Wesentlichen als eine mit dem 1. Januar 1873 nach §. 7, 6 der Norddeutschen Gewerbeordnung vom 21. Juni 1869 wegfallende Abgabe von einem Gewerbebetriebe darstelle.

Dieser Widerspruch wurde in allen drei Instanzen zurückgewiesen.

Gründe

des bestätigenden Bescheides vom 28. März 1874:

Wenn zwar diejenige Capitalforderung von 2500 Thlr. N$^2/_3$, welche ursprünglich zur Sicherheit für die in termino **Michaelis** jedes Jahres zu zahlende Recognitionsabgabe und Grundpacht von zusammen 100 Thlr. N$^2/_3$ auf die gegenwärtig abermals zur Subhastation gekommenen Grundstücke in Gemäßheit des §. 18 **sub d** der alten Stadtbuchordnung vom 22. December 1829 in die dritte Rubrik eingetragen worden, theilweise, nämlich soweit sie nicht die übrigens nicht besonders festgestellte capitalisirte Grundpacht repräsentirt, ebenso wie die zu sichernde Recognitionsgebühr aus der obrig-

keitlichen Concession des Appellaten zur Anlage und zum Betriebe einer Mühle originirte, so erlosch doch diese auf die Grundstücke gelegte, unter dem Ausdrucke „Canon" zusammengefaßte und ungetheilt für den Betrieb des Müllergewerbes und für die erbpachtliche Ueberlassung von 18 □R. Cämmereiländereien stipulirte jährliche Abgabe und das zur Sicherung solcher Abgabe eingetragene Ultimatcapital durch den Verkauf der belasteten Grundstücke aus dem Specialconcurse des Müllers F. im Jahre 1857. Wie jedes Intabulat zur dritten Rubrik, so ging auch das intabulirte Sicherungscapital in Gemäßheit des §. 42 der citirten Stadtbuchordnung durch solchen Verkauf unter, und damit hörte ebenso auch das zu Grunde liegende Verhältniß auf, zu dessen Sicherung das Capital diente; die Grundstücke giengen unbelastet von dem auf ihnen ruhend gewesenen Canon, aber mit der mit ihnen verbundenen Berechtigung zur Ausübung des Müllergewerbes auf den Käufer als nunmehrigen alleinigen und freien Eigenthümer über, während der Appellat die Ultimatsumme, soweit der erzielte Kaufpreis zu deren Bezahlung ausreichte, aus der Concursmasse zu erwarten hatte.

Diesen gesetzlichen Vorschriften entsprechend wurde die Sache auch damals behandelt. Die Appellanten haben ausdrücklich zugegeben, daß der damalige Käufer K. das einen Theil der von ihm ausgelobten Kaufsumme bildende Capital von 2500 Thlr. N$^2/_3$ nach den Kaufbedingungen auszuzahlen verpflichtet gewesen sei. Nach dem regulären Gange hätte K. die vollen Kaufgelder zur Concursmasse einzuzahlen und der Appellat aus derselben das ihm zukommende Capital zu empfangen gehabt. Wenn statt dessen Appellat, selbstverständlich unter Liberirung der Concursmasse, mit K. eine Vereinbarung traf, vermöge welcher er auf die baare Auszahlung des Capitals verzichtete und letzteren als seinen Schuldner auf dasselbe annahm, so ist dadurch das rechtliche Verhältniß nicht geändert und der Appellat der Concursmasse gegenüber als befriedigt anzusehen.

K. wünschte der Auszahlung des Capitals von 2500 Thlr. N$^2/_3$

überhoben zu sein, und der Appellat war bereit, ihm entgegen zu kommen und so den Erwerb der Mühlengrundstücke zu erleichtern. Inhalts des Gesuches vom 21. Februar 1858 beantragte Ersterer, statt der Baarzahlung der 2500 Thlr. N²/₃ ihm die Uebernahme einer beständigen, in Gemäßheit der nunmehr in Geltung getretenen revidirten Stadtbuchordnung vom 21. December 1857, §. 2, sub II. 2 b in die zweite Rubrik der aus dem Concurse erstandenen Grundstücke zu intabulirenden Abgabe von 100 Thlr. N²/₃ zu genehmigen. Hiezu ertheilte der Letztere jedoch seine Genehmigung nicht, sondern begehrte mittels Responses vom 4. März 1858, daß K. das Capital von 2500 Thlr. N²/₃ als seine Schuld in der Weise übernehme, daß dasselbe wiederum zu vier Procent in derselben Priorität, welche das früher eingetragene Capital gehabt, auf die Grundstücke intabulirt werde. Wenn K. in seinem Antrage davon ausgeht, daß das bisher in Betreff der Grundstücke bestandene Erbpachtverhältniß von Bestand bleiben könne und die alljährlich zu zahlende Abgabe als Canon bezeichnet, so ist dies um so indifferenter, als der Appellat auf das Ansuchen des K. nicht einging, sondern anstatt der Eintragung einer jährlich wiederkehrenden Geldabgabe von 100 Thlr. N²/₃ zur zweiten Rubrik die Intabulation des entsprechenden Capitals von 2500 Thlr. N²/₃ zur dritten Rubrik verlangte, welche demnächst auch beschafft ist. Dagegen ist zuzugeben, daß der in dem Response vom 4. März 1858 vorkommende Zusatz, daß die Eintragung des Capitals zur Sicherheit eines jährlichen Canons geschehen solle und der mit dieser Bemerkung zu Stadtbuch erfolgte Eintrag der gegebenen Sachlage nicht ganz entsprechend und nicht ganz correct war. Die Grundstücke waren, wie oben gezeigt wurde, in der Hand K.'s freies, unbelastetes Eigenthum mit der daran als Realgerechtsame haftenden Berechtigung zum Mühlenbetriebe geworden und dem Appellaten waren weder als früherem Obereigenthümer, noch als Inhaber der obrigkeitlichen Gewalt, weder aus dem Gesichtspunkte eines noch fortbestehenden Erbpachtverhältnisses, noch aus demjenigen einer — früher ertheilten

und durch die Befriedigung aus der Concursmasse bezahlten — Concession des Mühlengewerbes Ansprüche auf einen Canon weiter zuständig. Eine Wiederherstellung oder Erneuerung des früheren, zu einem Canon berechtigenden Verhältnisses hätte sich nur etwa in der Weise vollziehen können, daß K. die Grundstücke zunächst wieder auf den Appellaten übertragen und aus dessen Hand zurückempfangen hätte. Dies ist aber so wenig geschehen, als beabsichtigt. Freilich behaupten die Appellanten, der Appellat und der Bürgerausschuß hätten ausdrücklich beschlossen, daß das mit dem ursprünglichen Erbauer der Mühle R. und dessen Nachfolgern rücksichtlich der Zahlung des Canons bestandene Verhältniß auch mit K. von Bestand bleiben solle. Offenbar stützen sie diese Behauptung allein auf den von den Appellaten in beglaubigter Form beigebrachten Raths- und Bürgerbeschluß vom 4. April 1857. Auch hier wird hervorgehoben, daß der Appellat die Auszahlung des Intabulats von 2500 Thlr. N$^2/_3$ begehren könne, und darauf beschlossen, daß es K. eventualiter gestattet sein solle, statt der Auszahlung diese Summe als Schuld zu übernehmen. Die hinzugefügte Bemerkung: „so daß auch fernerhin das bisherige Erbpachtverhältniß bei Bestand bleibt" weist allerdings darauf hin, daß dabei die Absicht obgewaltet habe, daß in dem vorausgesetzten Falle das bisherige Verhältniß von Bestand bleibe; allein, wie die Appellanten nicht berechtigt sind, sich auf die ihnen nicht kund gemachten, ein Internum bildenden Raths- und Bürgerbeschlüsse zu berufen, so hat der Appellat in dem Erlasse an K. vom 4. März 1858 nicht ausgesprochen, daß das bisherige Verhältniß von Bestand bleiben solle, vielmehr dadurch, daß er die beantragte Eintragung eines Canons zur zweiten Rubrik ablehnte und dagegen die Uebernahme des Capitals durch K. als seine Schuld und damit die Eintragung desselben zur dritten Rubrik begehrte, die Ordnung der Sache in letzterer Weise verlangt.

Es handelte sich darum, unter welchen Bedingungen der Appellat auf die Auszahlung des Capitals verzichten wolle. Zu dem Ende wurde von ihm bedungen, daß K. die Capital=

schuld als seine Schuld übernehmen und auf die Grundstücke zur dritten Rubrik eintragen lasse. Zugleich aber verzichtete der Appellat seinerseits zu Gunsten K.'s und seiner Nachfolger im Besitz auf eine Kündigung des Capitals und erklärte sein Einverständniß damit, daß jährlich eine dem Zinsenbetrage nach dem Zinsfuße zu vier Procent gleichkommende Summe als eine beständige Abgabe geleistet werde, mit andern Worten: es wurde gegen Verzicht auf die Auszahlung des Capitals, oder, wenn man lieber will, gegen Rückgabe des als gezahlt zu denkenden Capitals eine Grundrente stipulirt und auf die Grundstücke radicirt, bei welcher der Appellat als Käufer und K. als Verkäufer erscheint, und welche richtig in der entsprechenden Capitalsumme zur dritten Rubrik einzutragen war, da K. und dessen Successoren die Ablösung dieser Grundrente durch Zahlung der Capitalsumme, wenn gleich nach den gemachten Vorlagen nicht ausdrücklich bedungen, doch schon gesetzlich in Gemäßheit der Polizei- und Landordnung vom Jahre 1572, Titel: Von wucherlichen Contracten ꝛc., Absatz 18: Und nach dem die widerkauffs Gülten u. s. w. — cf. u. A. auch die damit übereinstimmende Reichs-Polizeiordnung vom Jahre 1577, Tit. XVII, §. 9 — zustand, die Rente mithin nicht eine schlechthin unablösbare war.

Das so geschaffene Verhältniß hatte mit dem bis zum F.'schen Concurse vorhandenen äußerlich allerdings insoferne eine gewisse Aehnlichkeit, als von den Grundstücken nach wie vor eine bestimmte, in regelmäßigen Terminen alljährlich wiederkehrende Geldabgabe zu leisten war, aber die rechtliche Natur dieser Abgabe war eine völlig andere geworden. Während die frühere combinirte Abgabe eine Recognitionsgebühr für den concessionirten Mühlenbau und Betrieb und ein Entgelt für die in Erbpacht überlassenen Cämmereiländereien gewesen war, bildete das neuconstituirte **Praestandum** ein Aequivalent für das Capital von 2500 Thlr. N²/₃, dessen Auszahlung der Appellat hätte verlangen können, aber dem K. erließ. Daß der Ausdruck „Canon" incorrect ist, und

vielleicht auf einer gewissen Unklarheit in der Beurtheilung des neugeschaffenen rechtlichen Verhältnisses beruht, ist schon vorher anerkannt, obgleich dieses Wort, welches in seiner engeren und gewisser Maßen specifischen Bedeutung eine jährliche auf Grundbesitz haftende und für die Benutzung von Grundstücken zu entrichtende Abgabe bezeichnet, vielfach auch in einem weiteren und allgemeineren Sinne gebraucht wird und namentlich in den Quellen des römischen Rechts für die verschiedenartigsten Abgaben vorkommt. Das entstandene wahre Verhältniß kann aber durch einen etwaigen ungenauen Ausdruck nicht alterirt oder verdunkelt werden.

Aus dem Vorstehenden folgt, daß das von dem Appellaten liquidirte Capital von 2500 Thlr. N²/₃ mit den vom 1. Januar 1873 laufenden Zinsen durch die Bestimmung der Gewerbeordnung vom 21. Junius 1869 §. 7 sub 6 zu keinem Theile und in keiner Weise berührt wird und daher der Appellanten Widerspruch dagegen von den beiden vorigen Erkenntnissen mit Recht verworfen worden ist.

---

24. Zu §. 17, 3 der Domanial-Hypothekenordnung vom 2. Januar 1854. Ei. 270/1870.

Aus einem Bescheide vom 20. Juni 1872.

In bewußter Abweichung von den durch die revidirte Ritterschaftliche Hypothekenordnung vom 18. October 1848 §. 27 sub 1, 2 aufgestellten Bestimmungen hat die Domanial-Hypothekenordnung vom 2. Januar 1854 §. 17 sub 3 in Beziehung auf die Wirkungen einer geschehenen Cession der intabulirten Forderung den schon aus dem Principe der Publicität sich ergebenden Satz festgehalten, daß erst durch die erlangte Umschrei-

bung des cedirten Postens „alle nicht bereits nach diesem Gesetze an sich unstatthaften Einreden des Schuldners gegen den Rechtsbestand, sowie die ihm wider den früheren Inhaber der Forderung zuständigen Einreden gegen den fortwährenden Bestand der Schuld von selbst ausgeschlossen werden.“

Auch ergeben die gedruckten Motive zu dem Entwurfe der Revidirten Stadtbuchordnung Nr. 40, c., daß der Aufnahme jener Bestimmungen der revidirten Ritterschaftlichen Hypothekenordnung in die Revidirte Stadtbuchordnung keinerlei Einfluß auf diesen Satz der Domanial-Hypothekenordnung hat zugestanden werden sollen. Hienach tritt also der Uebergang der cedirten Forderung zu denjenigen Wirkungen, welche unsere Hypothekengesetzgebung in Beziehung auf den Rechtsbestand und die Unumstößlichkeit an den geschehenen Eintrag in das Hypothekenbuch knüpft, erst mit der erfolgten Umschreibung derselben im Hypothekenbuche ein, und daraus folgt, daß bis dahin dem Cessionar von Seiten des Schuldners, abgesehen von den nach §. 24 der Domanial-Hypothekenordnung überhaupt ausgeschlossenen, alle Einreden entgegengesetzt werden können, welche demselben gegen den ursprünglichen, wie fortwährenden Rechtsbestand der cedirten Forderung wider dessen Cedenten zustehen würden, ohne Rücksicht darauf, ob deren Grund aus dem Inhalte des Hypothekenbuchs und dem darüber ausgestellten Hypothekenschein ersichtlich ist oder nicht. Denn solche Einreden, deren Grund aus dem Hypothekenbuche selbst ersichtlich ist, werden auch durch die erfolgte Umschreibung nicht ausgeschlossen, so wenig wie nach den Bestimmungen der revidirten Ritterschaftlichen Hypothekenordnung §. 27 sub 1, 2 und der Revidirten Stadtbuchordnung §. 38 sub 1, 2 durch die mit Uebergabe des Hypothekenscheins verbundene bloße Cession — vergl. von Meibom, Mecklenburgisches Hypothekenrecht, §. 30, Seite 250 ff. — Unter obige Regel fallen also auch alle diejenigen Einreden, mittels welcher der Schuldner den ursprünglichen oder fortwährenden Rechtsbestand des Intabulats aus dem der geschehenen Eintragung des Postens unterliegenden Rechtsverhältnisse, welches selbst nach der ausdrücklichen Bestimmung des §. 17 sub 2 der Instruction

zur Domanial-Hypothekenordnung im Hypothekenbuche keinen Ausdruck findet, angreifen kann.

Es erscheint nur als eine Consequenz der unserm ganzen Hypothekenwesen zu Grunde liegenden Principien, wenn die Revidirte Stadtbuchordnung §. 25 sub 4 den Satz ausspricht, daß Einreden gegen den ursprünglichen Rechtsbestand, sowie gegen den Fortbestand des Intabulats mittels Klage auf Tilgung geltend gemacht werden können. Es unterliegt daher auch keinem Bedenken, jenen Satz der Revidirten Stadtbuchordnung, obwohl sich derselbe in den älteren Hypothekenordnungen und so auch in der Domanial-Hypothekenordnung nicht findet, ohne Weiteres auch in deren Bereiche zur Anwendung zu bringen.

---

25. Pignus nominis. Cessio in securitatem. Te. 340/$_{1871}$.

Im Concurse der Gläubiger des Schlachtermeisters T. wurden von dem Advocaten W. und dem Rentier E. Forderungen angemeldet, die völlig streitlos blieben. Jeder dieser beiden Liquidanten hatte zu seiner Sicherstellung vom Gemeinschuldner eine Police, auf welche dessen Leben zu einem bedeutenden Betrage bei der Gothaer Bank versichert war, erhalten. Der Güterpfleger gab zu, daß den Inhabern diese Urkunden zur Deckung ihrer Liquidate cedirt seien und ihnen daher das Recht zustehe, sich aus dem Erlöse vorweg zu befriedigen, hielt aber dafür, daß ihnen die Pflicht obliege, die Werthpapiere in öffentlicher Versteigerung an den Meistbietenden zu veräußern und den Ueberschuß des Erlöses zur Masse zu liefern. Er stellte dieserhalb die behufigen Anträge beim Concursgerichte, wurde aber abgewiesen, und das Oberappellationsgericht verwarf durch Bescheid vom 11. Mai 1871 seine dawider gerichtete Querel.

Gründe:

Das angefochtene Decret hat die nachgesuchte Ermächtigung abgeschlagen, mit den beiden Liquidanten W. und E. wegen der denselben vermeintlich obliegenden öffentlichen Versteigerung der in ihren Händen befindlichen Lebensversicherungspolicen des Cridars in Verhandlung zu treten. Wenn er dawider nun geltend macht, daß die Verpfändung einer Forderung von einer bedingten Cession wesentlich verschieden sei, so hat er dabei anscheinend ganz übersehen, daß er selbst bereits auf Grund einer Vernehmung des Cridars und creditorischer Abstimmung zugegeben hatte, die in Rede stehenden Policen seien den erwähnten Liquidanten in der That cedirt, wenn auch nur zu dem Zwecke, sich aus dem Erlöse wegen ihrer gleichfalls anerkannten Forderungen zu befriedigen, also mit der Verpflichtung, den bei Realisirung der Obligation etwa sich ergebenden Ueberschuß zu restituiren. Die ganze Argumentation trifft daher den vorliegenden Fall gar nicht. Es mag nämlich immerhin richtig sein, daß die Verpfändung einer Forderung unter den Begriff der Cession nicht fällt und als eine eigene Species derselben sich nicht auffassen läßt, sondern eben nur ein wahres Pfandrecht verschafft, welches seiner Natur nach das verpfändete Object in dem Vermögen des Verpfänders beläßt und dem Gläubiger nur die Befugniß giebt, dasselbe zur Deckung seines fälligen Anspruchs gerade als ein fremdes, zu seinem eigenen Vermögen auch nicht einmal bedingter Weise gehörendes Vermögensobject und ohne Rücksicht auf den zeitigen Inhaber zu verwerthen,

vergl. Bremer, das Pfandrecht und die Pfandobjecte, S. 207 ff.,

allein es unterliegt doch gewiß keinem Zweifel, daß es einem Schuldner durchaus unbenommen ist, seinem Gläubiger zu dessen Sicherstellung statt eines Pfandrechts das Eigenthum an einer körperlichen Sache oder dem entsprechend mittels Cession das Gläubigerrecht an einer Forderung zu übertragen unter Vorbehalt des Rechts, das somit aus seinem Vermögen gänzlich ausgeschiedene Object durch rechtzeitige Abtragung der

Schuldsumme wieder einzulösen und sodann dessen Rückübertragung zu fordern, die bei einer Verpfändung allerdings nicht erforderlich sein würde, weil das Pfandrecht mit Tilgung der Schuld von selbst erlischt. Die s. g. **cessio in securitatem** mit den oben angegebenen Wirkungen ist ein im heutigen Rechtsverkehr sehr verbreitetes Geschäft, ja man kann sagen, viel üblicher, als die einfache Verpfändung einer Forderung. Gesetzt indessen, die fraglichen Lebensversicherungen wären einfach verpfändet und nicht statt dessen cedirt, es wäre ferner für das **pignus nominis** die obige Auffassung maßgebend, so würde der gestellte Antrag dennoch ungewährlich sein. Zwar hat der Güterpfleger den jetzigen Inhabern der Policen die Befugniß nicht bestritten, sich aus dem durch Veräußerung zu erzielenden Erlöse vorweg bezahlt zu machen, so daß sie mithin nur den Ueberschuß zur Masse zu liefern hätten; aber es ist auch der umgekehrte Fall zu erwägen, daß für die erst durch den Tod des Cridars fällig werdenden und bis dahin durch fortgesetzte Prämienzahlungen aufrecht zu haltenden Forderungen nicht einmal das zur Deckung der jetzigen Inhaber Erforderliche geboten wird, und für diesen Fall würden die beiden interessirenden Gläubiger, auch als bloße Pfandgläubiger angesehen, nicht verpflichtet sein, auf den Ausfall zu verzichten oder auch nur sich dieserhalb an einer prioritätsmäßigen Locirung im gegenwärtigen Concurse genügen zu lassen. Daß ein Pfandgläubiger durch seinen Schuldner zum Zwecke der Befreiung desselben von der Schuld niemals gezwungen werden kann, mittels Veräußerung der Pfandsache von seinem Rechte Gebrauch zu machen, steht fest, und dieser in der Natur des Pfandrechts begründete Satz leidet auch dann nicht, wie Querulant meint, eine Ausnahme, wenn eine verhältnißmäßig sehr werthvolle Sache, deren Erlös die geringfügige Summe voraussichtlich gewiß decken wird, verpfändet ist. Für das Verhältniß der beiden jetzigen Policeninhaber zu dem Concurse ist von diesem Standpunkte entscheidend, daß, wenn es sich hier um eine bloße Verpfändung handelte, Gegenstand derselben zwei Forderungen sein würden, welche zugestandener=

maßen beim Tode des Cridars an den Inhaber der Policen zahlbar sind. Das mit Aushändigung dieser Urkunden bestellte Pfandrecht als solches würde daher die Bedeutung eines Faustpfandes haben und die bekannte Bestimmung des Rostocker Stadtrechts, Art. 11, III., 4 hier eingreifen, daß, wer ein handhabend Pfand hat, in den Concurs sich nicht einzulassen braucht, sondern sein Pfand behält, wenn das Gläubigercorps ihn nicht seiner ganzen Forderung halber mit Inbegriff der Zinsen befriedigt.

---

26. Erwerb eines bestehenden Pfandrechts.

La. $686/_{1872}$.

Im Concurse der Gläubiger des Kaufmanns L. zu G. liquidirte der dortige Vorschußverein eine Forderung von 1000 Thlr. aus einem vom Gemeinschuldner am 1. Juli 1870 ausgestellten eigenen Wechsel, der neben der hypothekarischen Clausel die Erklärung des Ausstellers enthält:

> Zur weiteren Sicherheit cedire ich dem genannten Vereine alle meine Rechte an anliegenden Stadtbuchschriften d. d. S. den 12. März 1870 über zusammen 1000 Thlr., intabulirt in meinem Wohnhause zu S. Nr. 239 A auf Grund der Schuldverschreibungen vom 24. Januar 1870 und Term. Ant. 1870 mit Generalpfandrecht am ganzen Vermögen von demselben Datum.

Darauf hin verlangte der Verein in der Generalmasse mit der Priorität vom Antoni-Termin 1870 locirt zu werden, während nachstehende Gläubiger ihm nur eine Generalhypothek vom Ausstellungstage des Wechsels einräumen wollten. Durch Bescheid vom 25. April 1872 erkannte ihm das Oberappellationsgericht die beanspruchte Priorität zu auf Grund weiterer thatsächlicher

Vorlagen, welche sich aus nachstehenden Entscheidungsgründen ergeben.

Den im Liquidationstermine mitüberreichten beiden Stadtbuchschriften, deren jede auf 500 Thlr. lautet, sind schriftliche Schuldbekenntnisse des Cridars d. d. Antoni 1870 angeheftet, welche ein baar empfangenes Darlehn gleichen Betrages als Schuldgrund angeben. Außerdem befinden sich dabei Cessionsacten der intabulirten Darlehnsgläubiger d. d. Term. **Johannis**, beziehungsweise 1. Juli 1870, welche unter dem Bekenntnisse des Valutenempfanges als Gegenstand der Rechtsübertragung die intabulirte Forderung bezeichnen, mithin ihrem Wortlaute nach sich nicht auf das in der Stadtbuchschrift verbriefte Realrecht beschränken, sondern die dem Intabulate zu Grunde liegende Darlehnsobligation mitergreifen. Daneben ist indessen unbestritten, daß die Aussteller dieser Urkunden den Namen des Cessionars, als welcher erst nachträglich ohne ihre Mitwirkung der des Liquidanten eingeschrieben ist, offen gelassen hatten, und daß nicht der Liquidant, sondern der Cridar selbst die Stadtbuchschriften im Johannistermine 1870 durch Baarzahlung eingelöst, statt Quittung jene Blancocession genommen und die Papiere sodann in unveränderter Gestalt zu dem in seinem Wechsel vom 1. Juli ausgedrückten Zwecke dem Liquidanten hingegeben hat. Auf Grund dieser unbestrittenen Thatsachen verlangt nun letzterer, mit der liquidirten Wechselforderung, wenn und soweit die zu deren Sicherung ihm cedirten Intabulate als solche nicht zur Hebung kommen, unter den hypothekarischen Gläubigern der Generalmasse in derjenigen Priorität locirt zu werden, welche dem Datum der Darlehnsverschreibungen des Cridars entspricht, während der Liquidant demselben nur das in dem Wechsel selbst bestellte jüngere Generalpfandrecht vom 1. Juli 1870 einräumen will. Der Anspruch des Liquidanten ist nun in dem jetzt angefochtenen Erkenntnisse mit Recht als begründet anerkannt, wenngleich die Erwägungen, welche zu diesem Ergebnisse geführt haben, nicht von entscheidender Bedeutung sind. Allerdings war das Verfahren, welches der Cridar bei

Einlösung der beiden Stadtbuchschriften befolgte, an sich wohl geeignet, neben den Intabulaten auch seine eigene denselben unterliegende Darlehnsschuld zu conserviren, also zu verhindern, daß dieselbe durch Confusion unterging. Indem er nämlich statt Quittung Blancocession sich ertheilen ließ, gab er damit zu erkennen, daß er die Obligation nicht tilgen, sondern für einen ungenannt bleibenden Dritten um die von ihm baar erlegte Valuta käuflich erwerben wolle, und die befriedigten Gläubiger ermächtigten ihn zweifellos durch die Auslieferung der in blanco cedirten Schuldpapiere, das intendirte Veräußerungsgeschäft in ihrem Namen abzuschließen und dadurch zu bewirken, daß er als ihr Mandatar die Obligation auf den dritten Erwerber übertragen konnte. Allein wenn auch zugegeben werden mag, daß er durch die für die Wiedereinlösung der Stadtbuchschriften gewählte Rechtsform sich in die Lage versetzt hatte, die Rechte seiner befriedigten Gläubiger mit Einschluß der gegen ihn selbst bestehenden Darlehnsforderung direct auf den Liquidanten als unmittelbaren Cessionar der Blancocedenten zu übertragen, so ist doch völlig gewiß, daß er von dieser Befugniß keinen Gebrauch gemacht hat. Durch die dem Wechsel vom 1. Juli 1870 einverleibte Cessionsacte hat er nämlich nicht die Rechte der von ihm befriedigten Stadtbuchgläubiger, sondern *seine* Rechte an den Stadtbuchschriften seinem Wechselgläubiger zu dessen weiteren Sicherheit abgetreten und damit deutlich ausgesprochen, daß er, wozu er unzweifelhaft auch berechtigt war, die ihm ertheilten Blancocessionen zunächst auf sich selbst, als Cessionar, beziehen und die auf diese Weise *von ihm* erworbenen Rechte auf den Wechselgläubiger übertragen wolle. Als Gegenstand dieser Cession konnte er zwar die stadtbuchschriftlichen Realrechte an seinem belasteten Grundstücke betrachten, weil dieselben, von ihm zurückerworben, nach bekannter Regel nicht ohne Weiteres in seinem Eigenthume aufgingen, sondern in ihrem bisherigen Bestande zu seiner Disposition verblieben; dagegen mußte er, indem er sich als Rechtsnachfolger der intabulirten Gläubiger hinstellte, nothwendig voraussetzen, daß

seine eigene Darlehnsschuld durch Confusion erloschen sei und durch seine Cession nicht wieder wirksam werde. Daß er selbst das Verhältniß so aufgefaßt hat, ergiebt sich aus dem Inhalte seiner Cessionsacte, welche als Object der Rechtsübertragung nur die Stadtbuchschriften nebst dem in den unterliegenden Schuldverschreibungen bestellten Generalpfandrechte, nicht aber die dadurch sichergestellte Darlehnsforderung selbst anführt. Die letztere ist denn auch vom Liquidanten gar nicht geltend gemacht; derselbe nimmt vielmehr nur das damit verbunden gewesene Pfandrecht für die allein von ihm liquidirte Wechselforderung in Anspruch, und die entscheidende Frage ist deshalb dahin zu fassen, ob der Liquidant, als Wechselgläubiger, durch den mit dem Cridar abgeschlossenen Cessionsvertrag das Pfandrecht der befriedigten Darlehnsgläubiger erworben habe. Diese Frage ist unbedenklich zu bejahen, da der Cridar in demselben Johannistermine, in welchem er die intabulirten Darlehnsgläubiger mit 1000 Thlr. befriedigte, die gleiche Summe vom Liquidanten auf den liquidirten Wechsel entnommen, und zur Sicherung dieser neu contrahirten Obligation die eingelösten Stadtbuchschriften cedirt hat. Es liegt also klar vor, daß nach seiner Intention die neue Schuld an die Stelle der alten treten und daß die baar empfangene Wechselvaluta dazu dienen sollte, ihm die zu zahlende Darlehnssumme zu liefern oder die bereits gezahlte sofort wieder zu verschaffen. Da nun ferner der Liquidant in dem Wechsel sich ein Pfandrecht am ganzen Vermögen des Cridars, mithin an denselben Objecten, welche den abgefundenen Gläubigern gehaftet hatten, bestellen ließ, so sind diejenigen Voraussetzungen gegeben, unter welchen der neue Pfandgläubiger nach bekannter gesetzlicher Bestimmung —

l. 3 D. quae res pignori (20, 3),

l. 12 §. 8 D. qui potiores in pignore (20, 4),

l. 1 C. de his qui in priorum creditorum (8, 19) —

auch in die Priorität des abgefundenen succedirt, und selbst wenn man auf Grund der zuletzt citirten Gesetzesstelle, um diesen

Erfolg herbeizuführen, noch eine hierauf besonders gerichtete Vereinbarung für nothwendig halten müßte,

vergl. Windscheid, Pandekten §. 233b, Anm. 4,

würde es im vorliegenden Falle auch an diesem Erfordernisse nicht fehlen.

C. Obligationenrecht.

27. Cautio indiscreta. Ca. 1404/$_{1872}$.

Der volljährige und selbständige Schiffer C. zu E. hatte von dem Kaufmann P. zu L. einen Kahn gekauft und über den creditirten Rest des Preises mehrere Urkunden ausgestellt, welche eigene Wechsel sein sollten, als solche aber nicht gelten konnten, weil die Angabe der Verfallzeit nicht den Bestimmungen der Wechselordnung entsprach. Der Vater des Schuldners, welcher diese Schuldverschreibungen an zweiter Stelle und zwar ohne weitere Bemerkung mit dem seinem Namen beigefügten Zusatze „als Vater“ unterschrieben hatte, wurde daraufhin als mithaftend für die Schuld seines Sohnes von P. verklagt.

In dieser Sache hob das Oberappellationsgericht durch Urtheil vom 11. März 1872 zwei Vorentscheidungen, welche den Beklagten vorbehaltlos verurtheilt hatten, wieder auf und wies die Klage ab.

Gründe:

1) Die Urkunden, welche Beklagter an zweiter Stelle mit unterschrieben hat, sind eigene Wechsel und enthalten ein specielles Valutenbekenntniß, welches, wie Kläger einräumt, nur für den andern Mitaussteller zutrifft. Es ward ein Zinsversprechen hinzugefügt, welches von vorne herein als nicht

vorhanden anzusehen war; als Erfüllungsort war L. bezeichnet. Die Verfallzeit war jedoch nicht wechselmäßig festgestellt, und so konnte nach §. 7 der Allgemeinen Deutschen Wechselordnung aus dieser Schrift eine wechselmäßige Verbindlichkeit nicht entstehen. Gesetzt nun, daß Beklagter die Wechselunterschrift in Erfüllung einer dem Kläger gegenüber eingegangenen Verbindlichkeit gegeben, so folgte daraus noch nicht, daß der für die Zahlung der Wechselsumme bedungene Erfüllungsort auch für das unterliegende Verhältniß vereinbart sei. Kläger hat es daher unternommen, die beim Gericht des Erfüllungsortes erhobene Klage dadurch aufrecht zu erhalten, daß er den fraglichen Urkunden, abgesehen von der Wechselkraft, eine ein abstractes Summenversprechen erzeugende constituirende Bedeutung beilegt.

Es wird dies durch den Inhalt der Replik, namentlich durch den Theil, welcher sich gegen das beklagtische Argument, es könne den Urkunden jetzt nur noch eine documentirende Bedeutung für das unterliegende Verhältniß beigelegt werden, wendet, außer Zweifel gestellt.

2) Die allgemeinen processualischen Grundsätze über die ausreichende Klagebegründung führen dahin, daß bei obligatorischen Ansprüchen die unterliegende causa mit anzugeben ist. Durch diese unterscheiden sich die einzelnen obligatorischen Ansprüche und durch ihre Angabe werden erst Vertheidigung und Beurtheilung ermöglicht. In den Fällen, in denen nackte Summenversprechen klagbar sind, liegen rein formale Obligationen vor, deren verpflichtende Kraft auf gesetzlicher Anerkennung beruht, und wie bei Wechseln, Verpflichtungsscheinen der Kaufleute &c. an gewisse formelle Erfordernisse geknüpft zu sein pflegt; in solchen Fällen ist freilich der Beklagte genöthigt, wenn er aus dem unterliegenden Verhältnisse Einwendungen erheben will, seinerseits die causa darzulegen. Wer einen eigenen Wechsel ausstellt, will zwar eine formale Verpflichtung begründen, doch aber keine andere, als eine wechselmäßige, und die Urkunde, wenn ihr die Wechselkraft abgeht, hat keine weitere constituirende Bedeutung, nur der

Inhalt noch kann als Beweismittel für das unterliegende Verhältniß in Betracht kommen. In dem zur Frage stehenden Falle nun ist es möglich, daß die Abrede, in Folge welcher Beklagter seine Unterschrift gab, sich auf den Eintritt in die Wechselschuld als Mitschuldner beschränkte, es konnte aber auch vom Beklagten die Verbürgung der Kaufschuld seines Sohnes oder der Eintritt in die Kaufschuld als **correus debendi** verheißen und zur Erfüllung solcher Zusage die Wechselunterschrift gegeben sein. Nur im Falle der zweiten Alternative war bei der Unverbindlichkeit der Wechselunterschrift Kläger in der Lage, aus dem unterliegenden Verhältniß einen Anspruch gegen den Beklagten erheben zu können. Dafür waren aber die näheren Umstände in der Klage und Replik um so mehr anzugeben, als Beklagter die Wechsel mit dem Zusatze „als Vater" unterschrieben hat, während in den bei Seuffert, Archiv Bd. 24, Nr. 108, **pag.** 170 erwähnten Fällen die Hervorhebung der väterlichen Eigenschaft nur zur näheren Bezeichnung der Person geschehen war und an dem Verpflichtungswillen keinen Zweifel übrig ließ. Ein Zusatz, der mit dem Worte „als" eingeführt wird, wie als Zeuge, als Vater, als Ehemann, hat immer den Zweck, die Tragweite und Bedeutung der Unterschrift selbst klar zu stellen, die regelmäßige Bedeutung des Zusatzes „als Vater" geht dahin, den eigenen Verpflichtungswillen abzulehnen. Durch den Umstand allein, daß hier für eine väterliche Genehmigung bei der Volljährigkeit und Selbständigkeit des Sohnes kein Raum war, wird die Thatsache noch nicht beseitigt, daß in der vorliegenden Erklärung ein Verpflichtungswille sich nicht ausspricht. Um so mehr war hier die anderweitig zu Stande gekommene Vereinbarung, daß Beklagter als Bürge oder als **correus debendi** für die Kaufschuld persönlich haften sollte, näher darzulegen.

Es kann daher der klägerischen Auffassung nicht beigetreten werden, daß alle eigenen Wechsel, welche eines formellen Grundes halber als Wechsel nicht klagbar sind, als einfache Schuldscheine gelten müßten, bei welchen das Wechsel=

versprechen als selbständig obligirendes nacktes Zahlungsversprechen aufrecht zu erhalten sei. Eine rein formale Obligation bedarf unumgänglich näherer Normen für ihre rechtliche Behandlung; solche sind denn auch gegeben für die Wechsel, die Verpflichtungsscheine und die Anweisungsaccepte, für das nackte Zahlungsversprechen fehlt es daran. Eine solche Conversion kann sich immer doch nur auf den Willen der Parteien stützen; wer sich aber ohne alle Kenntniß des der Wechselbegebung unterliegenden Verhältnisses nur verpflichtet hat, die zweite Unterschrift unter dem Wechsel zu geben, von dem läßt sich nicht sagen, daß er in Anerkennung einer anderweitigen Verbindlichkeit jedenfalls über diese einen Schuldschein habe ausstellen wollen, ohne daß irgend etwas über die Existenz einer solchen anderweitigen Verbindlichkeit vorgebracht ist.

---

28. Einrede der nicht empfangenen Zahlung gegen schriftliche Schuldbekenntnisse.

Si. 1656/1869.

Das Gesetz vom 17. März 1838 bestimmt:

Die gemeinrechtliche Beschränkung der Beweiskraft schriftlicher Schuldbekenntnisse und Quittungen wird hinsichtlich aller dergleichen Urkunden, welche nach der Publication dieser Verordnung ausgestellt werden, hiermit außer Anwendung gesetzt.

Es soll demnach eine das Bekenntniß des Empfanges der Valuta enthaltende Handschrift und eine jede ausgestellte Quittung sofort mit ihrer Ausstellung und Aushändigung unabhängig von einem bestimmten Zeitablauf in der Art gegen den Aussteller beweisend sein, daß diesem der Beweis der etwa in der Folge dagegen vorgeschützten Einrede der nicht

empfangenen Zahlung obliegt. Die Zulässigkeit dieses Beweises, welcher namentlich auch durch Eidesdelation geführt werden kann, wird, mit Ausnahme des Falls im §. 36 der Stadtbuchordnung, durch Zeitablauf nicht ausgeschlossen.

Das Oberappellationsgericht sagt darüber in einem Erkenntnisse vom 7. September 1871:

Die Bestimmungen dieses Gesetzes beziehen sich auf Schuldscheine, gegen welche das gemeine Recht die **exceptio non numeratae pecuniae** zuläßt und deren Beweiskraft dadurch zeitig beschränkt ist. Gegen Schulddocumente aber, welche erkennbar zur Anerkennung und zum Beweise älterer perfecter Darlehne ausgestellt sind, ist richtiger Ansicht nach die Exception nie schlechthin anwendlich gewesen; die unterbliebene Numeration muß hier durch andere Einreden, z. B. der Simulation, des Irrthums geltend gemacht werden.

L. 25. §. 4 de probat. (22, 3),
L. 5 und 13. Cod. de non num. pec. (4, 30),
Unterholzner im Archiv f. civil. Prax., Bd. 7, Nr. I., S. 11—19,
Heise und Cropp, Jurist. Abh. Bd. 1, Nr. XVIII. §. 1, §. 12—16,
Gneist, Die formellen Verträge, S. 286 ff.,
Seuffert, Arch. Bd. 6, Nr. 178, Bd. 10, Nr. 254.

In der zur Klage angezogenen Schuldacte (deren Echtheit vorausgesetzt) bekennt der Maurergeselle B. am 10. April 1849, daß er dem Kläger 212 Thlr. Pr. Cour. schuldig geworden sei und daß Kläger ihm diese Summe baar angeliehen habe, damit er sich für seinen Beruf auf der Baugewerkschule zu H. ausbilden könne. Schon die Fassung führt darauf, daß lediglich eine schon bestehende Schuld festgestellt, keine neue contrahirt werden sollte, und zweifellos wird dies durch die Angaben beider Theile über die Zeit, während welcher B. jene Schule besucht hat, indem dies nach der Vernehmlassung in den Jahren 1844 und 1845, nach der Replik in der Zeit vom Ende 1846 bis

Anfang 1849 geschehen war. Auch haben die Beklagten nicht zu behaupten vermocht, daß B. die Urkunde in Voraussetzung künftiger Zahlung ausgestellt habe. Diesem nach war die Einrede zu verwerfen.

---

29. Culpa in eligendo. Do. 408/1871.

Am 6. Februar 1870 entstand in der D.'schen Büdnerei zu L. ein Brand, durch welchen diese und die angrenzende H.'sche Büdnerei eingeäschert wurde. Die Versicherungsanstalt, bei welcher beide Gebäude versichert waren, forderte Ersatz der den Eigenthümern gezahlten Entschädigungssummen von dem Schornsteinfegermeister des betreffenden Bezirks, der zur Reinigung der Schornsteine verpflichtet war und überdies mit dem Büdner D. ausdrücklich vereinbart hatte, dessen Schornstein sechsmal im Jahre, nämlich zweimal im Sommer und viermal im Winter zu fegen. Im Uebrigen ergiebt sich der in Betracht kommende Thatbestand aus nachfolgenden Gründen zu dem oberappellationsgerichtlichen Bescheide vom 29. Februar 1872, durch welchen zwei conforme, die Klage abweisende Erkenntnisse bestätigt wurden.

Mit der erhobenen Klage fordert der Kläger die Versicherungssumme zurück, welche die von ihm vertretene Anstalt den Büdnern H. und D. zu L. für deren am 6. Februar 1870 abgebrannte Büdnereien Nr. 10 und 11 seiner Behauptung nach im Betrage von 525 Thlr. und 400 Thlr. bereits am 4. ejusd. gezahlt hat. Er beruft sich auf eine specialgesetzliche Bestimmung, wonach der Anspruch, welchen die Beschädigten auf Ersatz des erlittenen Brandschadens gegen Dritte haben, auch ohne besondere Abtretung auf die Anstalt bis zum Belaufe der von ihr gezahlten Summe kraft des

Gesetzes übergeht, und hatte mithin eine solche Schadensforderung aus der Person der beiden genannten Büdner wider den Beklagten zu begründen. — Das Feuer, welches angeblich beide unter einem Dache belegenen Gebäude vollständig zerstört hat, soll dadurch entstanden sein, daß der in Folge unterbliebener rechtzeitiger Reinigung in dem D.'schen Schornsteine vorhandene Ruß bei gewöhnlicher, ordnungsmäßiger Heizung sich entzündet und sodann durch die herausfliegenden brennenden Flocken zunächst das Strohdach der D.'schen Büdnerei in Brand gesetzt hat, von wo das Feuer dann auch auf das anstoßende Gebäude übergegangen ist; die Schuld des Beklagten aber wird darin gefunden, daß er jenen Schornstein kurz vor Martini 1869 zum letzten Male hatte reinigen lassen, während er nach seinem Privileg vom 29. Mai 1822, nach der Verordnung vom 18. December 1843 und vertragsmäßig verpflichtet gewesen wäre, denselben in der Zwischenzeit bis zum 6. Februar 1870 etwa um Weihnachten noch einmal zu fegen. Diesen Klagbehauptungen steht die streitlose Thatsache gegenüber, daß der Beklagte am 23. December 1869 zwei Gesellen seines Handwerks, also zur Verrichtung der Arbeit präsumtiv geeignete Personen, nach L. geschickt hat, um sämmtliche Schornsteine im ganzen Dorfe zu fegen, und der Streit beschränkt sich demnach wesentlich auf die Rechtsfrage, ob, wenn der Gesell, dem damals bei der Theilung der Arbeit die D.'sche Büdnerei zufiel, den Schornstein derselben absichtlich oder aus Versehen ungereinigt gelassen haben sollte, der Beklagte für die schädlichen Folgen dieser Unterlassung einzustehen haben würde. Diese Frage ist in beiden vorigen Instanzen mit Recht verneint worden.

Das dem Beklagten ertheilte Landesherrliche Privilegium ist nicht geeignet, den Schadensanspruch zu begründen. Zwar macht dasselbe ihm zur Pflicht, dafür zu sorgen, daß die Schornsteine in den dem Landesherrn gehörenden Gebäuden alle Monate wohl und tüchtig gefegt werden, mit dem Zusatze, „mithin durch seine oder seiner Leute Schuld und Vernachlässigung keine Feuersgefahr bei obgedachten Unsern

Gebäuden und Zimmern veranlaßt werde", allein, wenn auch unbedenklich angenommen werden darf, daß dem Beklagten damit eine allgemeine Norm für sein Verhalten vorgeschrieben, also die Erwartung ausgedrückt sein sollte, er werde auch die übrigen Hausbesitzer seines Bezirks nicht weniger aufmerksam bedienen, so enthält doch das Privilegium keine Bestimmung für den Fall, wenn durch seine oder seiner Leute Nachlässigkeit ein Brandschade entstehen möchte, läßt also die gemeinrechtlichen Voraussetzungen einer Ersatzverbindlichkeit ungeändert. Dasselbe gilt in Betreff der Verordnung vom 17. December 1843, indem auch hier für den Fall, daß durch nachlässige Reinigung ein Schornstein in Brand geräth, dem betreffenden Meister zwar eine Geldstrafe angedroht wird, seine Verbindlichkeit zum Ersatze des angerichteten Brandschadens dagegen wiederum ganz unberührt bleibt. Hat man hienach den Rechtsgrund für den libellirten Anspruch in allgemeinen Rechtsregeln zu suchen, so ist zunächst zu constatiren, daß der Beklagte, abgesehen von einer ihm etwa zur Last fallenden Vertragsverletzung, für den angeblich durch seine oder seines Gesellen Fahrlässigkeit veranlaßten Schaden nicht verantwortlich gemacht werden kann, und zwar selbst dann nicht, wenn er die Schuld des Gesellen im vollen Maße auf sich zu nehmen hätte. Das geltende Recht macht bekanntlich auf Grund der lex Aquilia den Ersatzanspruch davon abhängig, daß die Sachbeschädigung durch ein positives Thun dessen, der sie vertreten soll, herbeigeführt ist, und begnügt sich mit einem Unterlassen nur dann, wenn eine positive Handlung vorgenommen ward, welche zwar an sich erlaubt und unschädlich war, aber zur Abwehr eines Schadens eine fortgesetzte, gleichwohl unterlassene Thätigkeit forderte. Diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor. Dem Beklagten wird lediglich vorgeworfen, daß durch eine von ihm zu vertretende Schuld des Gesellen der D.'sche Schornstein am 23. December 1869 ungereinigt geblieben ist, während derselbe zu jener Zeit hätte gefegt werden müssen, um die schädlichen Folgen, nicht der zuletzt vom Beklagten vorgenommenen Reinigung,

sondern der inzwischen Statt gehabten Benutzung des Schornsteins zu verhüten. Es war also eine fremde Thätigkeit, deren schadenden Erfolg abzuwenden der Beklagte unterlassen hat, und dafür hat er auf Grund des Aquilischen Gesetzes nicht zu haften. Die Ansicht, daß eine solche Haftung allerdings eintrete, wenn das unterlassene Thun durch Gesetz oder Vertrag geboten gewesen sei,

Busch, Archiv für civilistische Praxis, Bd. 45, S. 139 ff.,

hat beim Mangel einer quellenmäßigen Begründung in der Theorie und Praxis keine Anerkennung gefunden.

Es bleibt übrig zu untersuchen, ob der Beklagte durch die ihm zur Last gelegte Unterlassung sich einer zum Schadensersatz verpflichtenden Vertragsverletzung schuldig gemacht habe. Dabei ist von vorne herein die Unterstellung zurückzuweisen, als ob der Beklagte mit den beiden Beschädigten ebenso wie mit allen übrigen Hausbesitzern seines Fegebezirks auch ohne eine ausdrückliche Vereinbarung schon auf Grund seines Privilegs und nach dessen Inhalte in einem Vertragsverhältnisse gestanden hätte, weil er allein berechtigt und verpflichtet ist, die Rauchleitungen sämmtlicher Feuerstellen seines Bezirks zu reinigen, und deren Besitzer die aus sicherheitspolizeilichen Rücksichten vorgeschriebenen Reinigungen gestatten, auch dafür den taxmäßigen Lohn entrichten müssen, so daß ein zu Leistung und Gegenleistung verpflichtendes Rechtsverhältniß gegeben ist, welches seinem Inhalte nach einer Dienstmiethe gleichkommt. Allein jeder Vertrag setzt seinem Begriffe nach eine freie Entschließung voraus und ist mit absoluter Gebundenheit des Willens schlechthin unverträglich, auch kann in diesem Betreff die rechtliche Stellung des Beklagten mit der eines Gewerbtreibenden, dem lediglich ein einfaches Bannrecht zur Seite steht, nicht verglichen werden. Der wesentliche Unterschied besteht darin, daß die Bewohner eines Bannbezirks nur negativ insofern gebunden sind, als sie sich zur Abschließung von Verträgen, welche in das Bereich der gewerblichen Thätigkeit des Bannberechtigten fallen, nur an diesen zu wenden haben, während es von ihrem freien Entschlusse abhängig

bleibt, ob sie solche Verträge eingehen wollen. Der Bannberechtigte hat als solcher eben nur ein Untersagungsrecht, kann aber den Pflichtigen seine gewerbliche Thätigkeit nicht aufdrängen, sondern muß warten, bis dieselbe freiwillig in Anspruch genommen wird. Auf keinen Fall würde der Büdner H., mit welchem der Beklagte unbestrittenermaßen eine besondere Vereinbarung nicht getroffen hatte, auf Grund eines gleichwohl zu supponirenden Vertragsverhältnisses die Reinigung des O.'schen Schornsteins als eine ihm schuldige Leistung, deren Nichterfüllung den Beklagten ihm ersatzpflichtig mache, aufzufassen berechtigt sein. Demnach ist der aus der Person des H. abzuleitende Anspruch auf Erstattung der für dessen mitabgebranntes Gebäude gezahlten Versicherungssumme unbegründet. Dagegen hatte sich der Beklagte, wie er selbst angiebt, dem Büdner O. gegenüber durch ausdrückliche Vereinbarung anheischig gemacht, dessen Schornstein jährlich sechsmal, nämlich zweimal im Sommer und viermal im Winter um den taxmäßigen Jahreslohn von 21 ßl. zu fegen, und dieser Verbindlichkeit würde er allerdings nicht nachgekommen sein, wenn bei der am 25. December 1869 in L. vorgenommenen Fegung die O.'sche Büdnerei übergangen wäre; denn unter dieser Voraussetzung würde wiederum nach der eigenen Angabe des Beklagten dort nur fünfmal im Laufe des Jahres 1869 gefegt sein. An diesem Ergebnisse wird auch durch die naheliegende Annahme nichts geändert, daß die Contrahenten nicht nach Kalenderjahren, sondern nach Jahreszeiten gerechnet haben, indem sie unter dem Sommer die Monate April bis September, unter dem Winter die Zeit vom 1. October bis zum letzten März verstanden; denn der Beklagte hatte während der Wintermonate 1869/70 zur Zeit des Brandes des O.'schen Schornsteins, abgesehen vom 23. December, erst zweimal gereinigt, und konnte daher im Sinne des Contracts, welcher natürlich die Einhaltung nahezu gleicher Zwischenräume voraussetzte, in der Zeit vom 6. Februar bis zum 31. März die beiden rückständigen Reinigungen nicht mehr beschaffen. Die nächste Frage, ob der Abbrand der

Büdnerei mit der Nichterfüllung dieser einen contractlichen Leistung in ursachlichem Zusammenhange stehe, hängt von streitigen thatsächlichen Prämissen ab, die zu Beweisauflagen führen würden, kann aber ungelöst bleiben, da schon jetzt der bestimmte Ausspruch sich rechtfertigt, daß den Beklagten keine zum Schadensersatze verpflichtende Schuld treffe.

Es versteht sich von selbst, daß ein Contrahent, dem eine ihm obliegende Vertragsleistung durch die Schuld eines Dritten objectiv unmöglich gemacht wird, dafür nur dann verantwortlich ist, wenn ihm selbst ein nach der Art des concreten Rechtsgeschäfts zu vertretendes eigenes Verschulden, welches also nach Verschiedenheit der Fälle bald als **dolus** oder **culpa lata** sich darstellen muß, bald auch nur eine **levis culpa** zu sein braucht, zur Last fällt. Nach dieser natürlichen, das ganze Vertragsrecht beherrschenden Grundregel ist denn auch die bekannte Controverse zu lösen, ob ein Contrahent, welcher die Ausrichtung seiner Obliegenheit einem von ihm selbst gewählten Dritten aufgetragen hat, nicht wenigstens für dessen Verschulden unter allen Umständen ganz so hafte, als wenn er selbst es begangen hätte, oder ob er nicht in gewissen Fällen durch den Nachweis sich befreien könne, daß er es bei der Auswahl seines Stellvertreters nicht an der dabei erforderlichen Sorgfalt habe fehlen lassen. Unsere Rechtsquellen haben auf diese Frage keine einfache Antwort, und die darin sich findenden, einander nur scheinbar widersprechenden Entscheidungen einzelner hieher gehörenden Fälle

vergl. die Zusammenstellung bei Windscheid, Pand. §. 401, Anm. 5,

zeigen, daß eine solche nicht gegeben werden kann, vielmehr in Gemäßheit der oben aufgestellten Grundlage Alles von der Besonderheit des einzelnen Falles abhängt. Wenn der andere Contrahent nach ausdrücklicher Abrede, oder auch nur nach unbefangener Auslegung des Vertragsinhalts zu der Erwartung berechtigt war, daß sein Schuldner die übernommene Verbindlichkeit persönlich erfüllen werde, so wird dieser für jedes Verschulden eines willkürlich gewählten Substituten voll-

ständig zu haften haben, weil schon darin, daß er die von ihm selbst auszuführende Leistung einem Andern überläßt, eine eigene Schuld, nämlich ein bewußtes Abgehen vom Vertrage, also in diesem Sinne sogar ein **dolus** enthalten ist. Es giebt aber eine Reihe wichtiger Verträge, namentlich im Bereiche der Dienstmiethe und Werkverdingung, bei deren Abschließung die Parteien, auch ohne es ausdrücklich zu sagen, unzweifelhaft darüber einverstanden sind, daß bei der Erfüllung die Zuziehung von Gehülfen oder von selbständig handelnden Vertretern zulässig, ja selbst nothwendig sei. Alsdann beschränkt sich eben die übernommene Verbindlichkeit entweder rücksichtlich der ganzen Leistung oder eines Theiles derselben darauf, daß der Contrahent für geeignete, zuverlässige Mittelspersonen sorge und deren Thätigkeit, soweit es den obwaltenden Umständen nach möglich ist, überwache. Damit ist denn auch zugleich das Gebiet begrenzt, auf welchem von einem ihm zuzurechnenden eigenen Verschulden die Rede sein kann, so daß, wenn er auf das, was ihm hienach oblag, die nöthige Aufmerksamkeit verwendet hat, Alles, was die zugezogenen Mittelspersonen gleichwohl unrichtig ausführen oder unterlassen, für ihn in das Bereich des **casus** fällt, für welchen bekanntlich bei Verträgen aller Art regelmäßig, d. h. ohne das Hinzutreten eines besonderen Verpflichtungsgrundes, nicht gehaftet wird. Bei Miethsverträgen gilt freilich, abweichend vom Kaufe, die Regel, daß mit dem Untergange der vermietheten Sache, auch dem rein casuellen, die Verpflichtung des Miethers zur ferneren Zahlung des Zinses aufhört, und daß der bedungene Lohn nur für wirklich geleistete Dienste zu entrichten ist; allein der hier ausschließlich in Betracht kommende Satz, daß die casuelle Unmöglichkeit der Leistung dem andern Contrahenten einen Anspruch auf das Erfüllungsinteresse nicht gewähre, ist davon unabhängig, ob er dadurch von der Erfüllung seiner Gegenleistung frei wird oder dazu verpflichtet bleibt. Abgesehen von den Folgen der **mora**, deren Voraussetzung im gegenwärtigen, unter die Verordnung vom 7. März 1834 nicht zu subsumirenden Falle nicht vorliegen,

kann eine über das Maß eigener zurechenbarer Schuld hinausgehende Haftung nur darauf zurückgeführt werden, daß eine besondere Garantie übernommen ist. Eine solche Garantieübernahme braucht nicht immer ausdrücklich bedungen zu sein, sondern folgt oft schon von selbst aus dem Wesen der übernommenen Verbindlichkeit. So verpflichtet sich der **conductor operis**, welcher aus dem vom **locator** gelieferten Material ein Opus herzustellen hat, selbst dann, wenn er dasselbe ohne fremde Hülfe nicht anfertigen kann, zur Lieferung eines der Bestellung entsprechenden, brauchbaren Werkes und haftet aus diesem Grunde für die von seinen Leuten begangenen Fehler. Dasselbe gilt aus dem nämlichen Grunde kraft gesetzlicher Vorschrift auch bei anderen Rechtsgeschäften, welche zu einer besonders sorgfältigen Obhut anvertrauter fremder Sachen verpflichten —

l. 7. Nautae, caupones (4, 9),
l. 5. §. 6 D. de obligationib. et actionib. (44, 7),
Handelsgesetzbuch, Art. 315, 400 —

es kann aber nicht zugegeben werden, daß durch einen neueren ungeschriebenen Rechtssatz bei allen Verträgen, zu deren Erfüllung Mittelspersonen verwendet werden dürfen oder unentbehrlich sind, die Haftung für deren Versehen zur allgemeinen Regel erhoben wäre. Diese Ansicht hat bedeutende Autoritäten gegen sich,

vergl. Hasse, Lehre von der **culpa**, S. 408,
Thöl, Handelsrecht **I.**, §. 33, Anm. 3, 4,
Jhering, Jahrbücher für Dogmatik, **IV.**, S. 84, 85,
Goldschmidt, Zeitschrift für Handelsrecht, **III.**, S. 93,

und würde namentlich in Fällen der vorliegenden Art, wo die Erwägungen, aus welchen die Haftung eines Unternehmers für seine Arbeiter vom Standpunkte der Billigkeit zu rechtfertigen versucht wird,

Ubbelohde, Zeitschrift für practische Rechtswissenschaft, **VII.**, Seite 244,

unzutreffend sind, die allgemeine Rechtsüberzeugung gewiß nicht für sich haben. Daß der Beklagte bei der großen räum-

lichen Ausdehnung seines Fegebezirks nicht Alles selbst besorgen kann, sondern Gesellen halten und diesen die selbständige Ausführung von Reinigungsarbeiten anvertrauen muß, ist zweifellos, eben so gewiß ist es aber auch, daß er nicht in der Lage ist, sich neben dem ihm gebührenden geringfügigen Lohne, welcher ganz entschieden nur das Aequivalent für die geleistete Arbeit darstellt, noch eine Assecuranzprämie für die Uebernahme der Gefahr zu bedingen, daß einmal durch die Schuld seiner Gesellen ein Schornstein ungenügend oder gar nicht gereinigt würde und dadurch ein möglicher Weise ganz unverhältnißmäßiger Brandschaden entstände. Von eigener Schuld ist der Beklagte freizusprechen. Bei der Umfänglichkeit des ihm Landesherrlich übertragenen Geschäfts darf ihm nicht angesonnen werden, seine selbstständig arbeitenden Gesellen überall hin zu begleiten oder ihnen nachzugehen, um bei allen Hausbesitzern Umfrage zu halten oder wohl gar durch den Augenschein sich selbst zu überzeugen, ob jeder einzelne Schornstein auftragsmäßig gefegt sei. Eine so weit gehende, thatsächlich unausführbare Controle wird ihm auch durch die Verordnung vom 18. December 1843, die übrigens, wie bereits bemerkt worden, für seine privatrechtliche Verbindlichkeit nicht maßgebend ist, keineswegs zur Pflicht gemacht. Er thut genug, wenn er als seine Stellvertreter nur ausgelernte Gesellen des Handwerks verwendet und diese, mit einer genügend bestimmten Anweisung über die von ihnen zu verrichtenden Arbeiten versehen, rechtzeitig aussendet, auch die Einzelnen dadurch controlirt, daß er sich von Zeit zu Zeit durch Nachfragen und Nachsehen von ihrer Tüchtigkeit und Zuverlässigkeit überzeugt, um Diejenigen, welche sich nicht bewähren, zu beseitigen. Daß er es daran bisher habe fehlen lassen, ist ihm nicht vorgeworfen. Im Uebrigen darf er auch darauf rechnen, daß die Hausbesitzer selbst, deren Schornsteine einmal ungebürlich lange nicht gefegt sind, dazu nicht schweigen, sondern ihm davon die Anzeige machen werden. Das hat der Büdner D. im vorliegenden Falle nicht gethan; er hat sogar noch Neujahr 1870 den vollen Lohn für sechs im

Jahre 1869 ausgeführte Fegungen unbeanstandet entrichtet und damit den Beklagten in dem guten Glauben noch bestärkt, daß auch der am 23. December mit der Reinigung des Schornsteins beauftragt gewesene Gesell dieses Geschäft besorgt habe.

---

30. Nachträgliche Vereinbarung einer Gegenleistung. Schenkung. Du. $28/_{1872}$. Strel.

Die Wittwe S. hatte durch Vertrag von 5. Januar 1837 ihre Cammerpachtung R. mit verpächterischer Genehmigung ihrem Sohne abgetreten, ohne ein Abstandsgeld zu bedingen, sodann aber am 5. Juni desselben Jahres mit demselben diejenige nachträgliche Vereinbarung getroffen, deren Inhalt sich aus den nachstehenden Entscheidungsgründen ergiebt. Der Sohn starb im Jahre 1848 kinderlos und wurde von seiner hinterbliebenen Ehefrau beerbt, welche nach dem im Jahre 1869 erfolgten Tode der Mutter von deren Erben auf Zahlung der als Pachtabstandsgeld nachträglich vereinbarten 2000 Thlr. belangt wurde. Sie wandte ein, die Contrahenten seien darüber einig gewesen, daß jene Summe nur gezahlt werden sollte, wenn der Sohn die Mutter überlebe und beerbe. Der Vertrag vom 5. Juni 1837 habe nämlich nur in bündigerer Form wiederholen sollen, was die Wittwe S. vorher durch eine einseitige letztwillige Verordnung bestimmt habe, daß jede ihrer vier Töchter aus ihrem dereinstigen Nachlasse 400 Thlr. voraus erhalten sollte, um damit den dem Sohne durch die unentgeltliche Ueberlassung der werthvollen Pachtung gewährten Vortheil auszugleichen. Eventuell machte die Beklagte geltend, daß die nachträgliche Bewilligung einer Gegenleistung zu dem bereits perfecten Pachtabstandsvertrage eine

Schenkung und als solche beim Mangel einer gerichtlichen Insinuation nur bis zum Belaufe von 1400 Thlr. rechtsbeständig sei.

Beide Einreden wurden verworfen.

Gründe
des bestätigenden Bescheides vom 21. März 1872.

Es unterliegt keinem Zweifel, daß die der Klage abschriftlich beiliegende Vereinbarung, welche der Beklagten erster Ehemann und Erblasser, S., am 5. Juni 1837 mit seiner Mutter geschlossen hat, nur die von den Klägern vertretene Deutung zuläßt. Die Wittwe S. hatte ihrem Sohne durch einen am 28. Januar 1837 vom Kammer- und Forstcollegium bestätigten Vertrag vom 5. ejusd. ihre Pachtung R. so überlassen, daß er zu Johannis jenes Jahres in ihre pächterischen Rechte und Verbindlichkeiten eintreten sollte. Ein Abstandsgeld hatte die Mutter sich nicht bedungen. Da man sich aber hinterher überzeugte, daß der Sohn durch die unentgeltliche Pachtabtretung einen Vortheil aus dem mütterlichen Vermögen erlangt habe, den seine vier Schwestern entbehrten, so wurde nunmehr „nachträglich vereinbart", daß S. „die Summe von 1600 Thlr. Gold und 400 Thlr. Gold, zusammen also die Summe von 2000 Thlr. Gold als ein wohlbehandeltes Abstandsquantum zahle." Das ist der einfache, völlig klare Inhalt des Eingangs und des §. 1 der vorliegenden Vereinbarung vom 5. Juni. Danach ist dieselbe zur Ergänzung des Pachtabstandsvertrags geschlossen; die 2000 Thlr. werden als das dem Werthe der Pachtung entsprechende Aequivalent dargestellt, der Sohn verspricht deren Zahlung als eine Gegenleistung, constituirt sich mithin zum Schuldner der Mutter auf diese Summe. Hieran wird auch durch den §. 2 nichts geändert, dessen dispositiver Theil nur die nach l. 11 C. de contrahenda stipulatione (8, 38) zulässige Nebenbestimmung enthält, daß die 2000 Thlr., die auch hier wieder ausdrücklich als eine Schuld des Sohnes bezeichnet werden, erst beim Tode der Gläubigerin zahlfällig werden und bis dahin

unverzinst bleiben sollen. Außerdem findet sich hier nur noch die Bemerkung, daß der Sohn selbst zum fünften Theile des mütterlichen Nachlasses Erbe und als solcher von einem entsprechenden Theile seiner Schuld frei werde, dann aber einer jeden der vier Schwestern oder deren Erben 400 Thlr., zusammen 1600 Thlr. auszahlen müsse. Damit ist unter der, freilich als völlig sicher hingestellten Voraussetzung, daß der Sohn die Mutter zu einer bestimmten Quote beerben werde, eine einfache rechtliche Consequenz gezogen, daneben aber streng festgehalten, daß es sich alsdann um eine Schuld des Theilerben an den Nachlaß handeln werde, welche eben nach allgemeiner Rechtsregel für den eigenen Antheil des Schuldners an der Erbschaftsforderung durch Confusion erlösche. Danach ist denn aber auch der von den Contrahenten nicht vorgesehene und demnächst eingetretene Fall zu beurtheilen, daß der Sohn vor der Mutter sterbe und aus diesem Grunde, unabhängig von ihrem und seinem Willen, ohne enterbt zu sein oder seinerseits die Erbschaft ausgeschlagen zu haben, nicht Erbe werde. Für diesen Fall ergiebt sich aus dem im Vertrage als maßgebend aufgestellten rechtlichen Gesichtspunkte, daß des Sohnes Erben, die nicht zugleich Miterben der Mutter sind, von der Schuld ihres Erblassers nichts kürzen dürfen, sondern den ganzen Betrag von 2000 Thlr. zahlen sollen. Die von der Beklagten vorgeschützte Einrede, daß dieses Ergebniß dem Vertragswillen der Contrahenten nicht entspreche, findet ein ausreichendes Fundament nur in der ihr zum Beweise verstellten Behauptung, es sei ausdrücklich verabredet worden, daß ihr verstorbener Ehemann die libellirten 2000 Thlr. nur dann bezahlen solle, wenn er seine Mutter überleben und beerben werde. Sie behauptet freilich, daß die Contrahenten hierüber ohnehin einig gewesen seien, da sie den Vertrag in der ausgesprochenen Absicht geschlossen hätten, damit denselben praktischen Erfolg zu erreichen, welcher eingetreten sein würde, wenn eine von der Wittwe S. bereits am 10. Januar 1837 zu gleichem Zwecke vollzogene letztwillige Verfügung, die der Vernehmlassung abschriftlich beigefügt ist, zur Ausführung ge-

kommen wäre. Demgemäß sei denn auch der mit der Abfassung der Vertragsurkunde beauftragte Sachwalt instruirt worden, und wenn nun gleichwohl der daraus sich ergebende Vertragswille keinen adaequaten Ausdruck erhalten habe, so sei das lediglich einer dem Concipienten zur Last fallenden mangelhaften Redaction zuzuschreiben. Dieses Vorbringen ist nicht von entscheidender Bedeutung und eignet sich daher auch nicht zu einer Beweisauflage. Allerdings beruhte jene letztwillige Verfügung, deren Echtheit die Kläger bestreiten, auf der sich von selbst verstehenden Voraussetzung, daß der Sohn die Mutter beerben werde, und will den ihm durch die unentgeltliche Pachtabtretung zugewandten Vortheil dadurch ausgeglichen wissen, daß bei der dereinstigen Theilung des mütterlichen Nachlasses jede der vier Töchter 400 Thlr. voraus haben soll. Auch hier wird also das abgetretene Pachtrecht, in Uebereinstimmung mit dem später abgeschlossenen Vertrage, zu 2000 Thlr. geschätzt. Natürlich konnte aber die Mutter durch eine einseitige Willenserklärung den Sohn nicht nachträglich verpflichten, diese Summe aus eigenen Mitteln zu ersetzen; sie mußte sich damit begnügen, aus ihrem dereinstigen Nachlasse den Töchtern auf deren Erbtheil noch den fünften Theil der 2000 Thlr. als Augment letztwillig zuzulegen, das Erbtheil des Sohnes um 1600 Thlr. zu kürzen, und damit eine Bestimmung zu treffen, welche von selbst bedeutungslos wurde, wenn der Sohn aus irgend einem Grunde die Mutter nicht beerbte, in welchem Falle die Töchter ihre Entschädigung in der durch den Wegfall der Concurrenz des fünften Miterben bewirkten Vergrößerung ihrer Erbportionen zu finden hatten. Der Vertrag vom 5. Juni hat eine davon ganz verschiedene Basis. L. S. übernimmt nicht eine Collationspflicht, sondern eine Gegenleistung für das Pachtrecht im Betrage von 2000 Thlr., und verspricht, diese Summe beim Tode der Mutter zu zahlen, also deren Nachlaß aus eigenem Vermögen um 2000 Thlr. zu vergrößern. Es mußte den Contrahenten klar sein, daß auf diesem Wege dasselbe Resultat, zu welchem der dadurch zu ersetzende einseitige Willensact der Mutter ge-

führt haben würde, nur dann zu erreichen sei, wenn der Sohn Miterbe werde und sein Erbtheil mindestens 1600 Thlr. betrage. Haben sie nun gleichwohl die Vertragsurkunde vorbehaltlos vollzogen, so kann nur angenommen werden, daß sie den klaren Inhalt derselben auch gewollt haben. Der §. 2 beweist zwar, daß sie die sichere Erwartung hegten, der Sohn werde miterben und aus seinem Erbtheile den nicht durch Confusion erlöschenden Theil der Schuld abtragen können, allein es ist nicht im Entferntesten angedeutet, daß im entgegengesetzten Falle der Vertrag nicht gelten solle.

Aus vorstehender Erörterung ergiebt sich zugleich, daß auch die Einrede der Zuvielforderung unbegründet ist. Dieselbe stützt sich auf die Behauptung, daß L. S. nicht verpflichtet gewesen sei, noch nachträglich, nachdem ihm die Pachtung bereits durch einen perfecten und verpächterischerseits genehmigten Vertrag unentgeltlich abgetreten war, ein Abstandsgeld zu versprechen. Daraus wird geschlossen, daß dieses indebite geleistete Versprechen eine Schenkung enthalte, welche beim Mangel einer gerichtlichen Insinuation nur bis zum Betrage von 1400 Thlr. rechtsbeständig sein könne. Dagegen haben die Kläger bereits mit vollem Rechte geltend gemacht, es fehle im vorliegenden Falle an dem für den Begriff der Schenkung unerläßlichen Erfordernisse, daß das Geschäft nicht bloß den thatsächlichen Erfolg der Bereicherung des einen Contrahenten auf Kosten des andern gehabt haben, sondern auch wesentlich in der Absicht, gerade diesen Erfolg herbeizuführen, geschlossen sein müsse.

v. Savigny, System, Bd. IV., §. 152 ff.

Es bedarf nur einer Hinweisung auf die in der Vertragsurkunde selbst ausgesprochenen Motive, von denen die Contrahenten sich leiten ließen, um zu constatiren, daß eine solche Schenkungsabsicht ihnen ganz fern gelegen hat, indem es ihnen nur darauf ankam, diejenige Bereicherung wieder zu beseitigen, welche dem Sohne durch den Pachtabstandsvertrag zu Theil geworden war. Beim Abschlusse des letz-

teren war eine Schenkung der Mutter an den Sohn nicht beabsichtigt gewesen, und nur, um zu verhindern, daß das Geschäft nicht dennoch den Erfolg einer solchen habe, wurde nachträglich eine ausgleichende Gegenleistung verabredet.

---

31. Vertrag zu Gunsten eines Dritten.

Bu. 1281/1872.

Durch Bescheid vom 4. Juli 1872 wurde der Anspruch der Wittwe eines Gutsjägers auf eine Pension für begründet erklärt, deren Gewährung an die hinterbleibende Frau der Gutsherr ihrem verstorbenen Ehemanne vertragsmäßig zugesichert haben sollte.

Die gemeinrechtliche Regel, daß Verträge über Leistungen an einen beim Abschlusse unbetheiligten Dritten für diesen kein Forderungsrecht begründen, wird durch die im heutigen Rechte anerkannte Zulässigkeit freier Stellvertreter zwar nicht aufgehoben, aber in ihrer Anwendbarkeit wesentlich beschränkt. Sie behält ihre volle Geltung in allen den Fällen, in welchen der Vertragswille der Contrahenten darauf gerichtet ist, daß der Promittent sich eben nur dem Promissar persönlich verpflichten und nur dieser den Anspruch auf die an den Dritten zu beschaffende Leistung erwerben solle. Als unterscheidendes Merkmal aller Verträge „zu Gunsten eines Dritten", im Gegensatze zu denen, welche ausdrücklich und ausschließlich im Namen des bestimmten Leistungsempfängers geschlossen worden, bei welchen also der eine Contrahent lediglich als dessen Geschäftsführer auftritt, ist freilich festzuhalten, daß der Promissar das Versprechen für sich selbst entgegennimmt, daß er in eigener Person Gläubiger werden und bleiben will. Die Gültigkeit aller hieher gehörenden Rechtsgeschäfte wird daher wesentlich dadurch bedingt, daß der Pro-

missar irgend ein eigenes, die Ernstlichkeit seines Gläubigerwillens manifestirendes Interesse an der Erfüllung des Versprechens habe.

Vergl. Bähr — in Gerber's und Ihering's Jahrbüchern, Bd. 6, Seite 133 ff. —

Wo diese Voraussetzung zutrifft, wird sehr oft das als Motiv des Vertragsabschlusses klar vorliegende, auch für den Promittenten unverkennbare Interesse des Promissars dadurch noch nicht befriedigt, daß er selbst einen Anspruch auf die Leistung erwirbt, sondern fordert, wenn nicht der ganze Vertrag illusorisch sein soll, daß auch der Dritte einen gleichen Anspruch erlange, der Promittent also auch diesem zu der Leistung sich verpflichte. Ein hervorragendes Beispiel bieten die Verträge, durch welche Jemand eine nach seinem Tode an seine hinterbleibende Wittwe zu entrichtende Rente in Gelde oder Naturalien sich versprechen läßt. Beim Abschlusse eines solchen Vertrags kann die Willensmeinung der Contrahenten nicht sein, daß dessen Erfüllung lediglich von dem Belieben der Erben des Promissars abhangen solle, daß diese also etwa gegen eine Abfindung einen Erlaßvertrag mit dem Promittenten schließen könnten; vielmehr will der Promissar, wenn er selbst bis an sein Lebensende an dem Vertrage festgehalten und die von ihm in der Regel verheißene Gegenleistung erfüllt hat, sicher sein, daß seine Wittwe die Pension erhalte und selbst darauf zu klagen berechtigt sei. Diese bei beiden Contrahenten zweifellos vorauszusetzende Intention führt dann nothwendig dahin, den Vertragswillen so zu deuten, daß der Promissar, indem er die an seine dereinstige Wittwe zu beschaffenden Leistungen sich versprechen läßt, zugleich für diese ein Vertragsanerbieten entgegen nimmt, von welchem der Promittent nicht mehr einseitig zurücktreten kann, weil er sich auch für diesen Theil des Vertragsinhaltes dem Promissar bindend verpflichtet hat. Die Zulässigkeit einer, den selbständigen Anspruch der Wittwe begründenden Annahme der Offerte, welche mit der Geltendmachung der Forderung verbunden werden kann und darin enthalten ist, wird

argum. l. 24 §. 1 D. rem ratam haberi (46, 8)

durch den bereits erfolgten Tod des Promissars nicht ausgeschlossen,

während der Promittent, selbst mit Zustimmung der Erben, von dem Vertrage nicht mehr zurücktreten kann.

Buchka, Stellvertretung, Seite 211 ff.

Demnach findet der eingeklagte Anspruch der Klägerin in deren Klagbehauptungen, welche, so weit sie streitig geworden, zum Beweise verstellt sind, ein durchaus haltbares Fundament. Der Einwand, daß der Beklagte dem verstorbenen Ehemanne der Klägerin das libellirte Versprechen lediglich für dessen damals noch lebende erste Ehefrau gegeben habe, stellt sich als eine Verneinung der in den ersten Beweissatz aufgenommenen Behauptung dar, daß der Vertrag ganz allgemein zu Gunsten der hinterbleibenden Wittwe geschlossen sei, und bildet daher einen Gegenstand des vorbehaltenen directen Gegenbeweises. Erbringt die Klägerin den ihr obliegenden Beweis, ohne gegenbeweislich widerlegt zu werden, ist also der Vertrag durch den Tod der ersten Ehefrau des Promissars nicht hinfällig geworden, so ergiebt sich aus obiger Erörterung weiter, daß der Beklagte zu einem einseitigen Rücktritte nicht berechtigt war, wie es sich denn auch von selbst versteht, daß er, wenn der Promissar zu einer solchen Rücktrittserklärung einfach geschwiegen hat, nicht berechtigt ist, daraus dessen Zustimmung abzuleiten.

---

32. Negatives Vertragsinteresse. Vi. 562/1871.

Am 22. Juli 1867 erhielt V. aus R., welcher sich damals zu Schanghai in China aufhielt, von der Ehefrau seines in R. wohnenden Bruders ein am 15. Juni aufgegebenes Telegramm:

Bruder hoffnungslos krank, wünscht V. komme schleunigst, führe Geschäft, wann abreisen Telegraphenantwort.

Am Tage nach Empfang dieser Depesche sandte er eine zusagende Antwort ab, trat sodann am 15. August die Reise an und traf

am 17. October in R. ein. Hier erfuhr er, daß sein Bruder bereits am 17. Juni gestorben sei. Sein Eintritt in das Geschäft unterblieb, die Wittwe nahm einen andern Geschäftsführer an, mit welchem sie sich demnächst verheirathete. Nunmehr forderte V. von den Erben seines Bruders (der Frau und den Kindern) Erstattung der auf die Reise von Schanghai nach R. verwendeten Kosten. Die Klage wurde nach stattgehabter Verhandlung angebrachter Maßen abgewiesen und dieses Urtheil vom Oberappellationsgericht durch Bescheid vom 9. Januar 1872 bestätigt.

Gründe:

Das Telegramm, welches die mitbeklagte Ehefrau F. kurz vor dem Tode ihres ersten Ehemannes, des Erblassers der Beklagten, an dessen zu Schanghai in China wohnenden Bruder, den jetzigen Kläger, gerichtet hat, enthält dem unbestrittenen klaren Wortlaute nach die Mittheilung, daß ihr hoffnungslos erkrankter Mann wünsche, der Bruder möge schleunigst zurückkehren, um das Geschäft zu führen, und knüpft daran die Bitte um telegraphische Anzeige, wann die Abreise erfolgen werde. Die Absenderin dieser Depesche setzte also bestimmt voraus, daß der Adressat dem Rufe folgen werde; sie fragt gar nicht, ob er komme, sondern erkundigt sich nur, wann er die Reise anzutreten gedenke, deren jedenfalls erhebliche Kosten sie nicht weiter erwähnt. Die Beklagten geben zu, daß ihr Erblasser die Frau beauftragt hatte, seine schwere Erkrankung dem Bruder zu melden und den Wunsch nach dessen schleuniger Rückkehr auszusprechen, behaupten aber, daß die Worte „führe Geschäft", d. h. „übernehme die Leitung des Geschäfts", welches der Erblasser in R. betrieben hatte, ohne Auftrag und gegen die Willensmeinung des Auftraggebers hinzugefügt seien. Sie finden übrigens, auch abgesehen hievon, in der ganzen Mittheilung nur den rechtlich bedeutungslosen Ausdruck eines „Wunsches", dessen Erfüllung lediglich als eine Pflicht der brüderlichen Liebe und Dankbarkeit für früher genossene Wohlthaten erwartet worden sei. Kläger hat dagegen behauptet, der ganze Inhalt der Depesche mit

Einschluß der Angabe des Grundes, durch welchen die Aufforderung zu seiner schleunigen Rückkehr motivirt ist, sei der ausgesprochenen Intention seines Bruders gemäß gewesen, und es liege der, zwar in die Form eines „Wunsches“ gekleidete, aber ernstlich gemeinte Antrag vor, die Leitung des Geschäfts zu übernehmen. Selbst von diesem Standpunkte aus würde es indessen zunächst schon sehr bedenklich sein, den Antrag als ein vollständiges Vertragsanerbieten aufzufassen und den durch das Einführungsgesetz vom 28. December 1863 §. 3 Nr. 6 verallgemeinerten Art. 319 des Handelsgesetzbuchs darauf anzuwenden. Dazu gehört bekanntlich, daß der Antrag den wesentlichen Inhalt des abzuschließenden Vertrags vollständig angebe, das proponirte Rechtsgeschäft mithin durch eine einfache Annahme des Vorschlags ohne weitere Zwischenverhandlungen zu Stande gebracht werden könne, während im vorliegenden Falle das fragliche Telegramm sehr wesentliche und für die Willensbestimmung beider Contrahenten offenbar höchst einflußreiche Punkte, namentlich die Dauer des einzugehenden Vertragsverhältnisses, sowie die Art und das Maß der vom Antragsteller zu übernehmenden Gegenleistung, ganz unberührt läßt. Gesetzt indessen, es könnte hier durch ergänzende allgemeine Rechtsregeln die Lücke ausgefüllt und die Proposition dahin ausgelegt werden, daß Kläger in ein kündbares Institorenverhältniß gegen ein im Streitfalle nach Ueblichkeit zu bemessendes Honorar oder auch unentgeltlich gegen freie Station eintreten sollte, so ist doch soviel gewiß, daß ein Vertrag auf dieser Grundlage nicht zum Abschlusse gelangt ist. Es ist nämlich von vorn herein streitlos gewesen, daß der Erblasser der Beklagten am 17. Juni 1867 gestorben ist, und ebenso bereits durch die erstinstanzlichen Verhandlungen festgestellt, daß die in der Depesche erbetene, am 25. August desselben Jahres hier eingetroffene Antwort:

Ich komme mit erstem Dampfer bestimmt Anfang October in R.,

erst am 23. Juli von Schanghai abgesandt worden; ja in der jetzigen Rechtfertigungsschrift wird vom Kläger überdies an=

erkannt und durch Vorlegung der Originalausfertigung bescheinigt, daß die Depesche selbst erst am 22. Juli und nicht, wie in der Klage behauptet war, schon am Todestage seines Bruders in seine Hände gelangt sei. Es trifft daher hier ganz zweifellos die gemeinrechtliche, nach Art. 297 des Handelsgesetzbuchs nur für Anträge, die von einem Kaufmanne in dem Handelsgewerbe ausgehen, nicht geltende, Regel zu, daß durch den Tod des Offerenten die, bis dahin zwar unwiderrufene, aber auch unacceptirt gebliebene Offerte ihre Bedeutung verliert und nicht mehr durch nachträgliche Annahme den Erben gegenüber zu einem bindenden Vertrage werden kann.

Ihering, Jahrbücher für Dogmatik, IV., Seite 91,
Windscheid, Pandecten II., §. 307, not. 5.

Hieraus ergiebt sich, daß die libellirten Reisekosten als Interesse der vereitelten Erfüllung eines abgeschlossenen Vertrages nicht gefordert werden können; es fragt sich demnach weiter, ob im vorliegenden Falle der Anspruch auf das Interesse des vereitelten Vertragsabschlusses begründet sei. Ueber die wissenschaftliche Construction eines solchen Anspruches, der in unseren Rechtsquellen eine unmittelbare Anerkennung nicht findet, gehen die Ansichten der Rechtslehrer sehr weit auseinander, insbesondere aber besteht eine große Meinungsverschiedenheit darüber, ob und unter welchen Voraussetzungen die Erben eines Antragstellers aus der bei dessen Tode bereits widerrufenen oder noch unerledigten Offerte für jenes von Ihering sogenannte negative Vertragsinteresse haften. Es genügt, dieserhalb auf die von Windscheid a. a. O. gegebene Ausführung und die dort citirten Schriftsteller zu verweisen. Die Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreits erheischt eine selbständige Lösung dieser schwierigen Rechtsfrage und folglich auch eine Kritik der bisher gemachten Lösungsversuche nicht, da selbst die für den Kläger günstigste Beantwortung derselben zu dem Ergebnisse führt, daß die von ihm erhobene Klage mit Recht angebrachtermaßen abgewiesen sei.

Es mag also zur Begründung des Anspruchs auf das nega-

tive Vertragsinteresse davon auszugehen sein, daß jedes Vertragsanerbieten, indem es nach Treu und Glauben zu der Erwartung berechtigt, der Antragende werde wenigstens so lange, bis er eine ohne Verzug abgesendete Antwort erhalten haben kann, sein Wort halten, eine entsprechende, sogar die Erben bindende Garantieübernahme in sich schließe. Es mag ferner, obwohl die Beklagten über dies neue Vorbringen erst noch zu hören wären, einstweilen als feststehend angenommen werden, daß die fragliche Depesche am 15. Juni 1867 von R. abgegangen und am 22. Juli rechtzeitig im Sinne des Art. 319 des Handelsgesetzbuchs in Schanghai angekommen sei, weil eine raschere Beförderung durch die zwischen beiden Orten bestehenden Verkehrsanstalten nicht zu erwarten gewesen sein mag. Unter dieser Voraussetzung würde Kläger seinerseits nicht versäumt haben, auf Grund des von ihm als eine bündige Vertragsofferte angeblich aufgefaßten „Wunsches" einen Vertrag zu Stande zu bringen, da er bereits am 23. Juli seine zustimmende Antwort abgesendet, sich sodann in Gemäßheit derselben am 17. August auf den Weg gemacht hat und am 27. October 1867 ohne wesentlichen Aufenthalt hier angekommen ist. Es mag weiterhin angenommen werden, daß er die Nachricht von dem inzwischen erfolgten Tode seines Bruders und damit die Gewißheit, daß ein Vertrag nicht mehr habe zu Stande kommen können, nicht schon vor der Abreise, wie in der Klage behauptet war, sondern, wie später berichtigend angegeben ist, erst nach seiner Ankunft in R. erhalten hat. Von diesem Standpunkte aus würde sodann zur Begründung des libellirten Anspruchs weiter zu constatiren sein, daß Kläger bereit gewesen sei, mit den Erben seines Bruders eine neue Vereinbarung über seinen Eintritt in dessen Geschäft zu schließen; und gerade in diesem entscheidenden Punkte ist die Klage völlig unzureichend substanziirt. Die Beklagten behaupten sogar, er sei sogleich von der Wittwe mit der dringenden Bitte, er möge doch bleiben, um ihr helfend zur Seite zu stehen, empfangen worden, habe aber entschieden ablehnend geantwortet mit dem Bemerken, er könne

ihr gar nichts nützen, da er von dem Geschäft nichts verstehe, sondern erst anderswo in die Lehre gehen müsse. Er selbst bestreitet zwar, sich in diesem Sinne ausgesprochen zu haben, behauptet aber nicht, daß er die Uebertragung der Geschäftsführung begehrt habe. Nach seiner Darstellung hat er im Hause seines verstorbenen Bruders freundliche Aufnahme gefunden, ist auch bei der Nachlaßregulirung rücksichtlich der Frage, ob es in Erwägung des überaus mißlichen Vermögensstandes ausführbar und zweckmäßig sei, das Geschäft für die Familie aufrecht zu halten, zu Rathe gezogen, es ist aber davon, daß er dasselbe auf eigene Rechnung übernehmen oder einstweilen für des Erblassers ältesten Sohn, den der Vater zu seinem Nachfolger ausersehen hatte, bis zu dessen Großjährigkeit fortführen möge, gar keine Rede gewesen. Er ist nach kurzem Aufenthalte wieder abgereist, zunächst nach E. zu dem dort wohnenden Bruder, welcher ein gleichartiges Geschäft hat. Der Zweck dieser Reise soll freilich nicht, wie die Beklagten sagen, darin bestanden haben, nunmehr in die dortige Anstalt als Lernender einzutreten, sondern darin, im Auftrage und im Interesse der Beklagten über die vortheilhafteste Art der Nachlaßregulirung mit dem sachkundigen Bruder Rücksprache zu nehmen, und die beabsichtigte Wiederkehr nach R. soll nur deshalb unterblieben sein, weil die Mitbeklagte inzwischen mit ihrem jetzigen Ehemanne in Verbindung getreten war und diesem die Geschäftsleitung anvertraut hatte. Gesetzt, diese Darstellung entspräche dem wahren Sachverhalte, so würde daraus doch nicht folgen, daß die supponirte Verbindlichkeit der Erben, aus einer Offerte des Erblassers für das negative Vertragsinteresse zu haften, den Beklagten gegenüber begründet wäre. Es fehlt jede nähere Angabe über den Inhalt der mit der Wittwe gepflogenen Verhandlungen. Daß Kläger niemals die Absicht gehabt hat, das Geschäft des verstorbenen Bruders definitiv auf eigene Rechnung zu übernehmen, sagt er selbst ausdrücklich, und daß er zur interimistischen Leitung desselben sich bestimmt bereit erklärt habe, deutet er nirgends an. Der angegebene Zweck der Reise nach E. weist

im Gegentheil darauf hin, daß er dazu unter den obwaltenden Umständen keineswegs ohne Weiteres geneigt war, sondern sich die Sache erst noch überlegen wollte. Zur Wahrung seiner eigenen Interessen hatte er, so viel ersichtlich, keinen Vorbehalt gemacht; wollte er aber nur im Interesse der Erben seines Bruders thätig werden, so durfte dessen Wittwe bona fide annehmen, daß sie völlig freie Hand habe und, ohne das Ergebniß der Berathung in E. abzuwarten, eine eigene Entschließung fassen könne, welche den Schwager jeder weiteren Mühewaltung überhob. Es konnte sich dann nur noch um die jetzt nicht in Streit befangenen Kosten der Reise nach E. handeln.

Hienach haben die Beklagten es nicht zu verantworten, daß auf Grund der dem fraglichen Telegramme eingeschalteten Worte: „führe Geschäft" eine Vereinbarung nicht erzielt ist. Man könnte indessen versucht sein, den übrigen Inhalt der Depesche als eine davon unabhängige Aufforderung zur Rückkehr lediglich zum Zwecke eines Wiedersehens aufzufassen und daraus ableiten wollen, daß der Ersatz der libellirten Reisekosten, wenn der Erblasser der Beklagten die Absendung der bejahenden Antwort noch erlebt hätte, mit der actio mandati contraria hätte gefordert werden können, mithin jetzt als das Interesse des vereitelten Abschlusses eines selbständigen Mandatsvertrages sich darstellte. Allein diese Auffassung würde schon durch die Erwägung ausgeschlossen werden, daß Kläger die Depesche von vorn herein anders verstanden hat, indem er den ganzen Inhalt mit Einschluß der fraglichen Worte auf eine Willenserklärung seines Bruders zurückführte und annahm, daß dieser ihm die Geschäftsführung antragen lasse und deshalb seine Rückkehr wünsche. Demnach würde er nicht befugt sein, jetzt von diesem Reisezwecke, wenn er auf dessen Realisirung unter den veränderten Verhältnissen nicht bestehen wollte, abzusehen und die Aufforderung zur Heimkehr als eine davon trennbare Vertragsofferte geltend zu machen.

---

33. Negotium mixtum cum donatione.

Ke. 161/1870. Str.

Der Kaufmann K. in N. klagte gegen den Unternehmer der dortigen Gasanstalt auf Erfüllung eines Honorarversprechens. In der vorgelegten Urkunde bekennt der Beklagte, daß er dem Kläger für die vielfachen dankbarst acceptirten Bemühungen, durch welche derselbe ihm die Herrichtung der Anstalt möglich gemacht habe, freiwillig ein Honorar von 10,000 Thlr. zugesichert habe, und daß er diese Summe sich so in Rechnung bringen lasse, als habe er ein baares Darlehn gleichen Betrages vom Kläger empfangen. Der Beklagte bestritt die demnach unter Beweis gestellte Echtheit der Urkunde, und gab zwar zu, daß der Kläger während der Erbauung der Gasanstalt in verschiedenen Richtungen für ihn thätig gewesen sei, behauptete aber, dafür nur ein Honorar von 5000 Thlr. versprochen und sogar mehr, nämlich 8000 Thlr., bereits bezahlt zu haben. Für den Fall, daß Kläger den Echtheitsbeweis erbringen sollte, schützte er u. A. die Einrede vor, daß das angebliche Versprechen eines Honorars von 10,000 Thlr. eine remuneratorische Schenkung enthalte, da diese Summe den Werth der wirklich geleisteten Dienste mindestens um 9500 Thlr. übersteige und zu dem etwa 4000 Thlr. betragenden Bauwerthe der Gasanstalt in keinem Verhältnisse stehe. Das Oberappellationsgericht fand, daß diese Einrede, welche in den beiden Vorerkenntnissen von einem Beweise abhängig gemacht war, zum Theil bereits liquide sei, und erkannte deshalb durch Urtheil vom 9. Februar 1871 auf sofortige reine Abweisung der Klage für den Betrag von 3600 Thlr.

Gründe:

Fällt auch die Verheißung oder Ertheilung eines Honorars für solche Dienstleistungen, welche insgemein, oder doch von Demjenigen, welcher dieselben gemacht hat, nicht ohne eine entsprechende Vergütung gewährt zu werden pflegen, an sich nicht unter den Begriff der Schenkung, ändert hieran ferner auch der Umstand nichts, daß dieselben unter Dankesäußerungen

geschahen und daß die Höhe des zugebilligten Honorars mit einer gewissen Liberalität bemessen ist, so liegt es doch andererseits in der Natur der Sache, daß die unter solchem Titel gemachte liberale Zuwendung rechtlich nur so weit als eine wirkliche Vergütung der geleisteten Dienste selbst gelten kann, als sie nicht den wahren Werth dieser und denjenigen Betrag, der dafür nach herrschender Ueblichkeit äußersten Falls als Honorar entrichtet zu werden pflegt, um ein Erhebliches übersteigt. Ist dies Letztere der Fall, so sind daher auch ältere, wie neuere Schriftsteller einig darüber, daß eine solche Zuwendung, soweit dieselbe nach den angegebenen Rücksichten zu der zu belohnenden Leistung selbst außer allem Verhältniß steht, nur als eine remuneratorische oder auch als eine reine Schenkung betrachtet werden kann, und das in der Zusicherung oder Zahlung eines Honorars liegende Geschäft insoweit als ein aus Gewährung einer Gegenleistung, bezüglich Zahlung einer Schuld, und aus Schenkung gemischtes Geschäft zu betrachten und rechtlich zu behandeln ist.

Vergl. **Voet**, **Commentarius ad Pand. XXXIX. 5, §. 17,**

Savigny, System des Römischen Rechts, **IV.**, S. 58,

Vangerow, Pand. §. 125.

Dieser Fall liegt aber hier vor. Zwar kündigt sich das in der Anlage **A.** angeblich dem Kläger von Seiten des Beklagten ertheilte Versprechen ausdrücklich als Zusicherung eines Honorars für die vielfachen Bemühungen an, wodurch Kläger ihm die Herrichtung der Gasanstalt möglich gemacht habe, und es ist nicht richtig, wenn Beklagter deshalb, weil diese Zusicherung unter Dankesbezeugungen geschieht und als eine freiwillig ertheilte bezeichnet wird, so, wie selbige urkundlich vorliegt, auch erst nach erfolgter Vollendung der Gasanstalt gegeben ist, für diese Zuwendung ihrem ganzen Umfange nach ohne Weiteres den Charakter einer remuneratorischen Schenkung in Anspruch nimmt. Denn die Dienste, welche nach den im Wesentlichen übereinstimmenden Angaben der Parteien der

Kläger dem Beklagten geleistet und wodurch er ihm die Herrichtung der Gasanstalt möglich gemacht haben soll, sind ihrer Beschaffenheit nach allerdings solche, wofür nach bestehender Verkehrsüblichkeit Geschäftsleute, welche sich mit solchen Ausrichtungen befassen, sich ein entsprechendes Honorar oder eine Provision als Vergütung zu berechnen pflegen; und nach der ganzen geschäftlichen Stellung des Klägers, wie dessen persönlichen Beziehungen zu dem Beklagten ist überall nicht anzunehmen, vom Beklagten auch nicht einmal behauptet, daß Kläger aus bloßer Gefälligkeit für ihn in dieser Weise thätig geworden ist. Vielmehr giebt Beklagter selbst an, daß er unabhängig von dem jetzt in Frage stehenden Schuldversprechen dem Kläger für seine Mühwaltungen ein Honorar von 5000 Thlr. zugesichert, und nicht bloß dieses bezahlt, sondern bei der im December 1857 stattgefundenen Abrechnung ihm sogar ein noch höheres Honorar von etwa 8000 Thlr. zugestanden habe. Demnach kann sich, wenn diese vom Kläger bestrittene Zahlung nicht bewiesen wird, Beklagter auch nicht füglich dem entziehen, seiner anscheinend im Voraus ertheilten Zusicherung gemäß das jetzt wider ihn verfolgte Honorarversprechen, falls es wirklich von ihm ertheilt sein sollte, bis zu dem Betrage von 5000 Thlr. als solches gelten zu lassen. Ob es aber über diesen Betrag hinaus noch als solches gelten kann, das muß nach dem Obigen davon abhangen, ob es insoweit überall noch als eine entsprechende Vergütung der geleisteten Dienste betrachtet werden kann.

Diese selbst haben, wie aus dem beiderseitigen Vorbringen der Parteien, insbesondere auch des Klägers, dessen Behauptungen für die jetzt zu erörternde Frage vorzugsweise Beachtung finden mögen, hervorgeht, im Wesentlichen darin bestanden, daß Kläger dem Beklagten die zur Herstellung der Gasanstalt nöthigen Geldmittel verschafft hat, theils in der Weise, daß er auf die ihm vom Beklagten zu diesem Behuf behändigten Hypothekenscheine Gelder negocirt hat, theils in der Weise, daß er ihm selbst solche vorgeschossen oder auf seine Rechnung das zur Einrichtung der Gasanstalt erforderliche

Material angeschafft, oder ihm durch seine Verbürgung Credit eröffnet, in Verbindung hiemit auch mehrfache Reisen für ihn unternommen und Correspondenzen geführt hat. Da nun Kläger geständlich die dadurch für ihn erwachsenen Auslagen und Kosten bereits ersetzt erhalten hat, so handelt es sich bei dem in Frage stehenden Honorarversprechen, wie dieses auch ausdrückt, lediglich um eine Belohnung der Mühwaltungen, denen er sich im Interesse des Beklagten unterzogen, und weiter etwa um eine angemessene Provision für das Risico, welches er bei der Gewährung seines Credits und dessen Benutzung für die Angelegenheiten des Beklagten getragen hat. Der Betrag der auf diese Weise für den Beklagten negocirten, resp. ihm creditirten Gelder, für welche übrigens der Kläger zu einem erheblichen Betrage die Deckung in Händen gehabt zu haben scheint, läßt sich nun nach einer Vergleichung der darüber in den Acten sich findenden beiderseitigen Angaben kaum höher als 50,000 Thlr. veranschlagen. Nach der im Verkehr herrschenden Ueblichkeit würde aber für Leistungen dieser Art, auch wenn man deren für das Vermögen des Empfängers günstigen Erfolg noch so sehr in Frage zieht, schwerlich jemals eine höhere Vergütung an Honorar für die gehabte Mühwaltung und Provision für das übernommene Risico, als zehn Procent bewilligt werden. Was über diesen Betrag, der danach auf 5000 Thlr. sich belaufen und mit dem geständlich von Seiten des Beklagten dem Kläger verheißenen Honorar von 5000 Thlr. stimmen würde, hinaus angeblich dem Kläger mittels der Urkunde in Anlage A. zugesichert sein soll, würde daher nicht länger als eine gewährte Gegenleistung bezüglich Zahlung einer Schuld, sondern nur als eine dem Kläger bewilligte Schenkung angesehen werden können, hinsichtlich deren durch das Erforderniß der gerichtlichen Insinuation, so weit sie den Betrag von 1400 Thlr. übersteigt, bedingter Gültigkeit es richtiger Ansicht nach gleichgültig ist, ob man dieselbe als eine Schenkung oder als eine durch Dankbarkeit hervorgerufene remuneratorische Schenkung betrachten will, da das Motiv der Dankbarkeit dem Wesen der Schen-

kung als solcher und deren formeller Bedeutung keinen Eintrag thut.

Anders würde sich die Sache **arg. l. 19 §§. 1, 5, 6 D. de donat.** (39, 5) zwar stellen, wenn der Kläger zu behaupten und näher darzulegen vermocht hätte, daß er sich zu den im Interesse des Beklagten ausgeführten Leistungen von vorn herein nur gegen die Zusicherung eines Lohns in der Höhe, wie derselbe ihm durch die Anlage **A.** zugebilligt sein soll, verstanden habe, da diese Zusicherung alsdann unter den Gesichtspunkt einer **promissio ob causam** fiele, ebenso auch diesem Vertrage möglicher Weise die Absicht unterliegen könnte, sich einen entsprechenden Antheil an dem von dem Unternehmen des Beklagten zu hoffenden Gewinn auszubedingen. Hat nun aber auch der Kläger verschiedentlich behauptet, daß die Anlage **A.** nur die Beurkundung eines früher ihm bereits ertheilten Versprechens sei, so hat er es doch an allen näheren Angaben über die Zeit selbst fehlen lassen, zu welcher ihm solches ertheilt worden sein soll, und kann daher dieser Gesichtspunkt zu seinen Gunsten nicht weiter zur Geltung gelangen.

Da nun nach dem oben Angeführten von dem klagend verfolgten Betrage von 10,000 Thlr. unter allen Umständen nur 5000 Thlr. auf das dem Kläger durch die Urkunde Anlage **A.** angeblich zugesicherte Honorar gerechnet werden können, in Beziehung auf den weiteren Betrag von 5000 Thlr. aber das darin enthaltene Versprechen als ein bloßes Schenkungsversprechen sich darstellt, so folgt daraus von selbst, daß die Klage auf den Betrag von 3600 Thlr. schon jetzt rein abgewiesen werden muß.

---

34. Verzinsung eines depositum irregulare.

Si. 1660/$_{1870}$.

Der Müller E. hatte im Jahre 1840 dafür, daß ihm der einstweilige Aufenthalt in der Stadt W. gestattet wurde, dem dortigen Magistrate eine baare Caution von 500 Thlr. bestellt und war zwei Jahre später gestorben. Erst 1868 forderte seine Erbin die Cautionssumme vom Magistrate zurück mit Zinsen zu 5 % seit dem Todestage ihres Erblassers, wiewohl nur bis zum Belaufe des **alterum tantum**. Der Beklagte wandte ein, daß die Caution längst und zwar noch bei Lebzeiten des E. diesem selbst zurückgezahlt sei, da er bald nach seiner Uebersiedelung das Bürgerrecht gewonnen habe und damit der Zweck der Sicherheitsleistung weggefallen sei. Eventuell wurde der Zinsanspruch bestritten und demnach auch aberkannt. Das Oberappellationsgericht bemerkte darüber in dem bestätigenden Bescheide vom 31. März 1870:

> Es ist eine durchaus fehlsame Ansicht der Klägerin, wenn sie meint, daß in allen Fällen, in welchen nicht etwa die einzelnen Geldstücke **in specie**, sondern die durch sie gebildete Summe den Gegenstand der Deposition bilden, der Depositar also nur eben diese Summe zurückzugeben braucht, während ihm die Benutzung der empfangenen Geldstücke selbst freisteht, aus diesem letzteren Grunde ohne Weiteres eine Verbindlichkeit zur Zinszahlung eintrete. Vielmehr besteht die Abweichung dieses sogenannten irregulären Depositums von dem eigentlichen nur darin, daß hier durch besondere Verabredung oder durch ein bestimmtes pflichtwidriges Verhalten des Depositars, insbesondere durch dessen **mora**, eine mittels der Klage aus dem Depositum selbst, nach Maßgabe dessen, was bei anderen **bonae fidei actiones** gilt, zu verfolgende Verpflichtung zur Entrichtung von Zinsen begründet werden kann, wie die Vergleichung der **l. 31 in fin. D. locati (19, 2), l. 24, l. 25 §. 1, l. 26 §. 1, l. 28 D. depositi (16, 3)** zeigt, wonach die scheinbar allgemein lautende **l. 29 §. 1 eod.** zu beschränken ist. Auch entspricht die Uebernahme einer Verpflichtung

zur Verzinsung der so deponirten Summe in solchen Fällen nicht einmal der Ueblichkeit des Verkehrs, wo, wie hier, der Depositar nach dem Zwecke der geschehenen Deposition jeder Zeit zur Zurückgabe der empfangenen Summe sich bereit halten muß, also auf eine längere Dauer des Depositums nicht rechnen kann.

Daß bei Hinterlegung der jetzt eingeklagten Summe eine Zinsberedung nicht getroffen ist, deren Verzinsung auch außer der Absicht der Contrahenten lag, wenigstens nichts für eine solche Absicht sprach, gesteht die Klägerin nun sogar zu. Ebensowenig kann sie eine, nach der Beschaffenheit der Deposition selbst dem Beklagten nicht gestattete, daher pflichtwidrige Verwendung des deponirten Geldes behaupten. Nur aus dem Gesichtspunkte der mora würde sie daher etwa Zinsen fordern können. Hiezu reicht aber so wenig der Umstand aus, daß sie bei der Verhandlung vom 12. März 1847 die erfolgte Zurückzahlung des fraglichen Depositums nicht zugestanden, vielmehr dieserhalb ihre Ansprüche festhalten zu wollen erklärt hat, da sie mit dieser Erklärung ein bestimmtes Verlangen der Rückzahlung selbst nicht verband, als der weitere Umstand, daß sie demnächst unter dem 29. April 1847 einen Antrag an die Großherzogliche Landesregierung gerichtet hat, dem beklagten Magistrate die Auszahlung der deponirten 500 Thlr. Gold aufzugeben, da diesem Antrage regierungsseitig keine Folge gegeben ist und sie sich hiebei beruhigt, auch bis zur Anstellung der jetzigen Klage dem Magistrate gegenüber keinerlei Schritte gethan hat, wodurch sie einen auf sofortige Zurückzahlung der fraglichen Summe gerichteten Willen in solcher Weise erklärt hätte, daß darin eine ernstliche Mahnung gefunden werden konnte.

---

35. Bedeutung der in den Händen des Schuldners befindlichen Schuldurkunde für den Beweis der Zahlungseinrede. Si. 1660/1870.

Aus einer Entscheidung vom 31. März 1870.

Nach dem ausdrücklichen Ausspruche derjenigen Stellen unserer Rechtsquellen, welche die Frage speciell erörtern — l. 2 §. 1 D. de pactis (2, 14), ll. 14, 15, 18 C. de solutionibus (8, 43) — begründet nur die aus freien Stücken von Seiten des Gläubigers erfolgte Rückgabe der über die betreffende Forderung ausgestellten Schuldurkunde an den Schuldner eine Rechtsvermuthung dafür, daß der Gläubiger keine Ansprüche aus dieser Forderung weiter zu erheben beabsichtige, also in irgend einer Weise eine Tilgung dieser Schuld eingetreten sei, und müssen die weniger bestimmt lautenden Aussprüche solcher Stellen, welche diese Frage nur nebenbei berücksichtigen, um so mehr im Sinne jener ausdrücklichen Entscheidungen verstanden werden, als innere Gründe überall nicht dafür sprechen, dem bloßen Besitze des Schuldscheins in den Händen des Schuldners die gleiche Wirkung zuzusprechen, ohne daß zuvor aufgeklärt ist, wie letzterer zu diesem Besitze gekommen, da der Grund, auf welchem jene Rechtsvermuthung beruht, eben darin besteht, daß, wenn der Gläubiger sich freiwillig dieses wichtigsten und oft einzigen Beweismittels begiebt, in welchem dieselbe gleichsam sich verkörpert und sichtbare Existenz gewinnt, er seinerseits dieselbe nicht ferner geltend zu machen gedenkt oder als fortbestehend betrachtet. Eine aus dem bloßen Besitze des Schuldscheins auf Seiten des Schuldners abzuleitende, die Beweislast umkehrende Rechtsvermuthung, daß der Gläubiger denselben zurückgegeben haben werde, kennt aber unser Recht vollends nicht, und ist auch gar nicht abzusehen, wie sich eine solche innerlich sollte begründen lassen. Im vorliegenden Falle hat die Klägerin es ausdrücklich bestritten, daß der von dem Beklagten producirte Schuldschein ihrem Erblasser wirklich behändigt worden, um so mehr also, daß er von diesem dem Aussteller wieder zurückgegeben sei.

---

36. Retentionseinrede. Pe. 54/$_{1868}$. Str.

Der Curator eines geistesschwachen Menschen war nach dessen Tode von den Erben auf Auslieferung eines unstreitig zum Nachlasse gehörenden Werthpapiers mit der Eigenthumsklage besprochen und hatte die Herausgabe verweigert, bis ihm die Kosten des Begräbnisses, welches er für die abwesenden Kläger besorgt hatte, vollständig erstattet seien. In Uebereinstimmung mit dem zweitinstanzlichen Erkenntnisse erklärte das Oberappellationsgericht durch Bescheid vom 26. October 1868 diese vom ersten Richter verworfene Retentionseinrede für begründet.

Denn erwägt man unbefangen den Zusammenhang der hier vorliegenden, aus den Acten ersichtlichen Thatsachen, so kann es nicht wohl einem begründeten Bedenken unterliegen, daß sowohl das den abwesenden Erben gemachte Erbieten des Beklagten, das Begräbniß des P. zu besorgen, wie dessen Annahme von Seiten jener wesentlich mit Rücksicht auf den Umstand geschah, daß der Beklagte, als gewesener Curator des Verstorbenen, noch dessen Nachlaß in Händen hatte, aus welchem gerade die Beerdigungskosten zu bestreiten waren, insofern also den durch dieses Erbieten und dessen Annahme formell zu Stande gekommenen Mandatsverhältnisse nach der Absicht der Betheiligten kaum eine selbständige Bedeutung zukam. Da nun aber der Vormund die im Interesse seines Curanden gemachten Auslagen nach l. 3 §. 8 D. de contraria tutelae et utili actione (27, 4) mittels der betreffenden contraria actio, mag man diese hier als die tutelae actio utilis oder als die negotiorum gestorum actio utilis auffassen, sofern dieselbe nur mit Beziehung auf seine vormundschaftliche Stellung gemacht sind, nicht nur dann ersetzt verlangen kann, wenn solche während bestehender, sondern auch dann, wenn sie nach Beendigung der Vormundschaft vorgenommen sind, die Restitution des fraglichen Hypothekenscheins aber, wenn auch immerhin mit der rei vindicatio, statt der zunächst anwendbaren actio tutelae oder negotiorum gestorum actio utilis, hier auf Grund der dem Be-

klagten, als gewesenem Vormund, obliegenden Verpflichtung zur Herausgabe des in seinen Händen befindlichen curandischen Vermögens gefordert wird, so kann dem Beklagten das geltend gemachte Retentionsrecht selbst nach der strengeren Ansicht derjenigen Rechtslehrer nicht abgesprochen werden, welche für dessen Anwendlichkeit Connexität der sich gegenüber stehenden Ansprüche fordern, da eine solche in dem gegenseitigen Verhältnisse der mit der **directa** und der **contraria actio** verfolgbaren aus demselben Obligationsverhältnisse herrührenden Forderungen ohne Weiteres angenommen wird.

---

37. Cession an den Schuldner. Ha. 911/1871.

Die Domanial-Hypothekenordnung vom 12. März 1814 mit den dazu gehörigen späteren Gesetzen hat sich, was die in die Hypothekenbücher eingeschriebenen hypothekarischen Forderungen betrifft, darauf beschränkt, die Rangordnung derselben unter einander und gegen andere Creditoren zu bestimmen. Im Uebrigen ließ sie das gemeine Recht vollständig in Geltung, ohne das Wesen des Pfandrechts, seine Entstehung und Beendigung und die Pfandklage zu berühren.

Auf Grund dieses Gesetzes war die durch die Schuldverschreibung des Papiermüllers X. vom 3. August 1840 documentirte hypothekarische Forderung seines Bruders von 600 Thlr. N²/3 am 5. ejusd. in das Hypothekenbuch der dem X. gehörigen Erbpachtstelle Nr. V zu B. eingetragen. Das Buch wird in Gemäßheit des §. 1 der transitorischen Bestimmungen zur Domanial-Hypothekenordnung vom 2. Januar 1854 noch fortgeführt, und es wurde darin am 19. März 1858 die erwähnte Forderung zur Summe von 700 Thlr. Cour. auf den damaligen Stationsjäger B., als Cessionar des Gläubigers, umgeschrieben. B.,

welcher das Capital dem X. gekündigt hatte, cedirte diesem die Forderung am 17. Juli 1863 und X. entlieh von der Rostocker Bank auf Wechsel und gegen Hinterlage der Papiere das zu B.'s Befriedigung nöthige und sodann dazu verwandte Geld. Antonii 1864 löste der Advocat W. die Papiere von der Bank für den X. durch Rückzahlung der Anleihe ein, Letzterer cedirte am 25. Januar 1864 dem Advocaten W. die eingetragene Forderung und B. ertheilte ihm am 28. März gleichfalls solche Cession. Am 1. Juli 1866 cedirte der Advocat W., nachdem X. ihm in Folge geschehener Kündigung das Capital ausgezahlt hatte, die Forderung zur Summe von 500 Thlr. an den Hauswirth H. und zum Reste von 200 Thlr. an den Bäckermeister B., welcher seinen Capitalantheil von 200 Thlr. am 24. Januar 1867 dem Hauswirth H. übertrug. So ist dieser der jetzige Inhaber der Papiere und der Gläubiger auf die ganze Forderung geworden. Alle Cessionen sind ohne Neuerung geschehen und X. hat sowohl den Advocaten W., als die späteren Cessionare unter den betreffenden Cessionsacten als seine Gläubiger anerkannt, auch gegen sie seiner Zinsverpflichtung bisher genügt, und selbst die Umschreibung des Intabulats auf den Advocaten W. beim Amte zu B. und gegen dessen Abschlag durch Recurs an das Justizministerium im Jahre 1864 zu erreichen gesucht. Da es bei dem Abschlage blieb, so wurde nunmehr von den Betheiligten die Frage:

> ob die in das Hypothekenbuch der Erbpachthufe Nr. V zu B., Seite 3, Nr. III. am 5. August 1840 eingetragene, am 19. März 1858 auf den Stationsjäger, jetzigen Förster B. umgeschriebene Forderung von jetzt 700 Thlr. Cour., verzinslich zu 4 Procent, und aus der Schuldverschreibung vom 3. August 1840 originirend, wegen der von dem Förster B. unterm 17. Juli 1863 an den X., als Schuldner, ertheilte Cession durch Confusion erloschen sei,

zum gerichtlichen Austrage gebracht.

Das Oberappellationsgericht verneinte die Frage durch Urtheil vom 14. December 1871 aus folgenden Gründen:

Die Sätze der Domanial-Hypothekenordnung vom 2. Januar 1854, welche der §. 2 der gedachten transitorischen Bestimmungen auf die in den alten Büchern vom 1. März 1854 an vorkommenden Eintragungen, Umschreibungen, Tilgungen und sonstigen Vorgänge in Anwendung bringt, haben bezüglich derselben so wenig den accessorischen Charakter der Hypothek modificirt, als über die rechtliche Fortdauer und Beendigung des Eintrags Neues vorgeschrieben, da nicht einmal der §. 33 — wonach die Wirkung der Eintragung (von dem Falle des Concurses abgesehen) nur durch Tilgung erlischt und alle Aufhebungs- und Erlöschungsgründe lediglich einen Anspruch auf Tilgung gewähren — zu jenen Sätzen gehört, auch das neue gerichtliche Verfahren aus Hypothekenscheinen auf die im alten Buche stehenden Forderungen nicht übertragen wurde. Die Befugniß, auf das Folium eines im Buche getilgten Postens eine gleiche Summe wieder einschreiben zu lassen, wurde dem Nutzeigenthümer nur rücksichtlich der seit dem 1. März 1854 eingetragenen Posten eingeräumt. Dagegen ist freilich der §. 16 der Domanial-Hypothekenordnung von 1854 auf die derzeit existenten Intabulata in Anwendung gesetzt und danach jeder Inhaber eines solchen Hypothekenscheins, von besonderen Verhältnissen abgesehen, verpflichtet, gegen vollständige Befriedigung wegen seiner fälligen Forderung auf Verlangen des Schuldners seine Rechte ohne Gewährleistung zu cediren, auch ist durch die allgemeine Fassung der Bestimmung — in Mitberücksichtigung, daß die Stadtbuchordnung vom 22. December 1829, welche in ihrem §. 26 zuerst eine desfallsige Cessionsverbindlichkeit aussprach, diese an die Befriedigung „durch einen Dritten" geknüpft hatte, und die Worte „durch einen Dritten" nicht mit aufgenommen sind — genugsam ausgedrückt, daß solche Verbindlichkeit auch im Falle der Befriedigung durch den Schuldner eintrete. Damit ist aber über das Verhältniß, welches durch die Cession an den Debitor entsteht, in keiner Weise ein Ausspruch gethan, und dem Gesetze vom 8. April 1869 ist auch in der Erweiterung, welche es dem §. 10 der Domanial-

Hypothekenordnung von 1854 in dieser Beziehung gegeben hat, die Anwendbarkeit auf die alten Hypothekenbücher und die darin stehenden Posten nicht beigelegt worden.

Hienach wird durch die Zahlung des Schuldners, wenn derselbe vom Gläubiger Cession verlangt hat, die eingetragene Forderung nicht getilgt; aber hinsichtlich der Bedeutung und Wirkung einer an den Debitor selbst erfolgten Cession normirt allein das gemeine Recht.

Durch eine solche Cession will sich zwar der Creditor zu Gunsten des Schuldners seines Rechts entäußern, aber nicht schlechthin, sondern in der Art und mit der Bestimmung, daß Letzterer an seiner Statt Gläubiger werde. Ein Anderes ist nicht erklärt, und die erklärte Rechtsübertragung, für sich betrachtet, ist, soweit dieser Effect bezielt wird, nach gemeinem Recht ein gehaltloser Act. Der Uebergang der Forderung auf den Schuldner kann auf diese Weise nicht bewirkt werden; mithin erlischt dieselbe auch nicht in Folge der Cession. Ebensowenig darf man den Act in zwei Theile zerlegen, in das Aufgeben des Anspruchs Seitens des Cedenten und die Uebertragung auf den Cessionar, um dem Geschäfte doch eine Rechtswirkung, nämlich das Aufgeben des Anspruchs ohne Uebertragung, vindiciren zu können. Denn die debitorische Befreiung von der Schuld ist in einer Cession, welche die Fortdauer der Obligation will, nie zu erkennen. Näher liegt es, in der Cession an den Schuldner, wenn er auch nicht zum Gläubiger gemacht wird, doch die ihm Seitens des Cedenten ertheilte Ermächtigung, über die Forderung durch anderweitige Begebung zu disponiren, wie solche Befugniß durch jede Cession entsteht, zu erblicken und in diesem Sinne den Act aufrecht zu erhalten. So steht es, wenn man allein auf die Cession und deren Bedeutung sieht. Sie bewirkt den Untergang der Obligation an sich nicht; entscheidend bleiben in dieser Hinsicht allein die Geschäfte und Vorgänge, wegen welcher der Creditor seinem Schuldner Cession ertheilt hat.

Im vorliegenden Falle geschah nach übereinstimmender Angabe beider Theile die Cession eben deshalb, damit X. auf

die Papiere und die darin documentirte Realsicherheit sich von der hiesigen Bank eine Anleihe verschaffe, mittels deren B. wegen seiner Forderung abgefunden werden sollte und abgefunden ist. Die Bank sollte und wollte der beredeten Anleihe halber Sicherheit in der Forderung und dem damit verbundenen Intabulate haben. Es konnte also eine Aufhebung der Forderung durch die Uebertragung an den Schuldner gar nicht beabsichtigt sein, sie würde im geraden Widerspruche mit dem erklärten Willen der Interessenten stehen. Wenn sie dennoch in einer die Sache zweifelhaft machenden Form geschah, so lag ihr der Irrthum zum Grunde, daß in dieser Form der Wille, dem X. die Weiterbegebung mit rechtlicher Wirksamkeit zu ermöglichen, den gehörigen Ausdruck finde. Durch eine Aushändigung der Documente an den X. mit einer Cession in blanco würde das Gewollte erreicht sein, und wenn man mehr auf die voluntas als auf verba zu sehen hat, so darf man die hier geschehene Cession zur Aufrechthaltung der weiteren Geschäfte dem zweifellosen Willen der Paciscenten gemäß so behandeln, daß dem X., wie bei einer ihm in blanco ertheilten Cession, die Weiterbegebung zustand. Ohnehin war den Paciscenten unbenommen, das klare Versehen zu berichtigen und in der Art, wie es hier durch B.'s Cession vom 28. März 1864 und die darunter befindliche Agnition des X. vom 2. April 1864 geschehen ist, wieder gut zu machen.

Diesem nach ist das Intabulat qu. als noch zu Recht bestehend und auf den Hauswirth H. zu voller Wirksamkeit übergegangen zu halten.

Eine solchem Ausspruche entgegenstehende Rechtskraft ist in dem Response des Amtes B. vom 6. April 1864 und dem Notificatorium des Justizministeriums vom 4. Juni 1864 nicht geschaffen. Es liegt nur vor, daß dem X. die Umschreibung des Postens im Hypothekenbuche auf Grund der zweiten B.'schen Cession von der Hypothekenbehörde abgeschlagen und das Verfahren derselben auf Recurs vom Justizministerium approbirt wurde. Eine gerichtliche De-

cision ist dies eben so wenig, als es sich gegenwärtig um die Umschreibung, welche ohnehin den Rechtsbestand auf keine Weise befestigen würde, handelt.



38. Einreden des Grundschuldners aus der Person des Cedenten einer eingetragenen Forderung gegen den Cessionar. Ga. 619/$_{1874}$.

Aus einem Appellationsbescheide vom 9. März 1874.

Wenn es auch mit der rechtlichen Natur der Forderung aus einem bloßen Intabulat, wie dem hier vorliegenden, an sich nicht unvereinbar ist, daß der Schuldner auch dem Cessionar gegenüber diejenigen Einreden zur Geltung bringe, welche ihm gegen den Cedenten zustanden, in dieser Beziehung also die Grundsätze des Obligationenrechts anwendlich werden, weil das Recht aus einem solchen Intabulat, wenngleich vermöge der ihm beiwohnenden dinglichen Wirksamkeit in seinem schließlichen Erfolge gegen das Grundstück gerichtet, seinem Wesen nach in einem Anspruche auf Zahlung gegen den Grundeigenthümer als solchen besteht, so hat doch jener Satz zu Gunsten des Cessionars in den neueren einheimischen Hypothekenordnungen eine weitgreifende Veränderung erfahren. Dieselbe beruht in dem durch jene Gesetzgebungen gemeinsam durchgeführten Grundsatze der Publicität, welcher es zur Beförderung und Sicherheit des Realcredits erfordert, daß Derjenige, welcher im Vertrauen auf das Hypothekenbuch in gutem Glauben ein Intabulat als ein zu Recht bestehendes, einredefreies erworben hat, Dritten, namentlich auch dem Schuldner gegenüber nach Maßgabe des Inhalts des Hypothekenbuches geschützt wird. Diese Sicherung muß deshalb jedenfalls alsdann eintreten, sobald der neue Gläubiger sein Recht zur vollen Wirk-

samkeit erworben hat, an sich also mit der Umschreibung des Postens auf ihn im Hypothekenbuch, die revidirte Ritterschaftliche Hypothekenordnung und die revidirte Stadtbuchordnung haben es aber im Interesse eines leichteren Verkehrs mit den betreffenden Papieren geschehen lassen, daß diese Folge für den Cessionar schon mit dem Besitze des Hypothekenscheines vor dessen Umschreibung eintrete, während die Domanial-Hypothekenordnung an der letzteren, als dem entscheidenden Zeitpunkte, festhält. In Grundlage dessen stellen denn auch alle diese Hypothekenordnungen den Grundsatz fest, daß von dem betreffenden Augenblicke an alle Einreden des Schuldners gegen den fortwährenden Bestand der Schuld dem Cessionar gegenüber ausgeschlossen sind. Aber das Intabulat empfängt seinen Inhalt nicht bloß durch dasjenige, was in Bezug auf dasselbe zum Hypothekenbuche eingetragen ist, sondern es ist für denselben maßgebend auch dasjenige, was in Bezug auf das Recht in den Hypothekenschein und in die Urkunde aufgenommen worden, welche der Intabulation zu Grunde gelegt ist, gesetzlicher Bestimmung zufolge dem Hypothekenscheine angeheftet wird und so als integrirender Theil des letzteren anzusehen ist. Nicht alle Modalitäten des Intabulats eignen sich zur Eintragung in das Hypothekenbuch, sie sind aber, wenn dies nicht der Fall, in diese Urkunde aufzunehmen, und werden dann, soweit sie das Intabulat selbst ergreifen und nicht bloß persönliche, obligatorische Berechtigungen und Verpflichtungen betreffen, integrirender Inhalt des so intabulirten und durch das Hypothekenbuch gesicherten Rechts. Es erfordert deshalb der Grundsatz der Publicität eben so auch hier, wie rücksichtlich des Inhalts des Hypothekenbuchs selbst, daß solche Modalitäten dem neuen Erwerber gegenüber von den obgedachten Zeitpunkten an nicht anders und nur soweit zur Geltung gebracht werden können, als sie sich aus der dem Intabulat zu Grunde liegenden Urkunde ergeben, und daß der Schuldner sich rücksichtlich der das Intabulat betreffenden Nebenverabredungen mit seinem derzeitigen Gläubiger für den Fall der Abtretung der Forderung an einen neuen Inhaber nur dadurch völlig sichern kann, daß er für die Aufnahme derselben mindestens in die Urkunde sorgt.

Vergl. Tschierpe, Erörterungen zur Revid. Ritterschaftlichen Hypothekenordnung, pag. 175.

Ganz besonders tritt dies für die Domanial-Hypothekenordnung vom 2. Januar 1854 dadurch hervor, daß rücksichtlich sonstiger ungewöhnlicher Nebenverabredungen, welche die Rechte des Gläubigers erheblich mindern, in der Instruction §. 13, Nr. 4, §. 18, Nr. 1, nicht bloß deren Aufnahme in das Buch und in den Hypothekenschein vorgeschrieben, sondern auch in §. 19 weiter bestimmt ist, es solle, wenn in den eingetragenen und bezeugten Bestandtheilen zum Nachtheile des Gläubigers etwas geändert worden, ein neuer Hypothekenschein unter Beifügung der früheren Anschlüsse und der etwa sonst erforderlichen Ausweise ausgestellt werden. — Zu solchen Beredungen gehört aber auch das Abkommen, daß das Intabulat bis zu einem näher festgestellten Zeitpunkte nicht gekündigt werden dürfe und daß der im Hypothekenschein angegebene Zinsfuß herabgesetzt sein solle, also der Inhalt derjenigen Einrede, welche Beklagter der von dem Kläger aus den auf ihn umgeschriebenen Hypothekenscheinen erhobenen Klage gegenüber geltend gemacht hat. Dieselbe kann mithin, da sie auf einen Vertrag gestützt ist, welcher mit der früheren Inhaberin des Intabulats geschlossen wurde und dessen Inhalt weder in den Hypothekenschein, noch in die dem letzteren angeheftete Urkunde aufgenommen wurde, dem Kläger an sich nicht entgegengesetzt werden.

Dieses Schutzes geht der Kläger nach einem allgemeinen, auch das Hypothekenrecht beherrschenden Grundsatze verlustig, sobald er sich in mala fide befindet, und das ist ganz entschieden der Fall, wenn er schon beim Erwerb der fraglichen Hypothekenscheine, also zur Zeit der an ihn geschehenen Cession, von dem zwischen seiner Cedentin und dem Schuldner abgeschlossenen, durch letzteren zu den Acten gebrachten Vertrage Kenntniß hatte. Es ist indessen, wie die sententia a qua dem ersten Erkenntnisse gegenüber mit Recht hervorhebt, diese Kenntniß nicht auf den eben genannten Zeitpunkt zu beschränken, sondern sie mußte ihm auch schädlich werden und ihn in malam fidem versetzen, wenn er sie bis zur Umschreibung der Hypothekenscheine auf

seinen Namen erhielt. Denn erst die letztere gab ihm den Schutz, bis dahin war er denjenigen Einreden ausgesetzt, welche der Beklagte aus dem Vertrage gegen seine Cedentin hatte, erst die Umschreibung hatte die Wirkung, diese Einreden auszuschließen, und sein der **mala fides** zu Grunde liegender **dolus** bestand gerade darin, daß er, wenn er auch die Papiere in gutem Glauben erworben hatte, doch, nachdem er die Rechte des Schuldners auf Unkündbarkeit und Zahlung geringerer Zinsen erfahren hatte, denjenigen Act zu Hypothekenbuch vornahm, welcher dieselben ihm gegenüber wirkungslos machte. Er wird sich deshalb nicht darauf berufen können, daß er von dem betreffenden Vertrage erst nach der Cession, wenn auch vor der Umschreibung, Kenntniß empfangen habe. Weiter aber muß aus diesem Grunde der **sententia a qua** auch darin beigestimmt werden, daß es für die Wirkung der **exceptio doli** in dieser Beziehung nicht auf den Moment ankommt, in welchem die Umschreibung wirklich erfolgte, sondern auf denjenigen Zeitpunkt, wo er den Antrag auf die Umschreibung an die Hypothekenbehörde absandte.

cfr. v. Meibom, Mecklenburgisches Hypothekenrecht, pag. 90.

Sein **dolus** bedingt ein Handeln wider besseres Wissen, und dies ist erschöpft durch diejenige Thätigkeit, welche den ihm günstigen Erfolg, die Umschreibung, gesetzlicher Bestimmung nach ohne Weiteres herbeiführt; sein negatives Verharren, indem er den **bona fide** erstrebten Erfolg nur abwartet, dessen Eintritt bis dahin ihm gegenüber zu voll berechtigt erscheint, kann ihm nicht präjudiciren, wenn er auch inzwischen erfährt, daß er ihn nicht hätte beantragen dürfen, wenn er damals schon die wahre Sachlage gekannt hätte.

---

39. Cession von Eigenthumsacten über Schiffsantheile. Ti. 340/1871.

In dem Debitwesen des Schlachtermeisters T. brachte der Güterpfleger zur Anzeige, daß mehrere nach den Quoten und Schiffsnamen genau bezeichnete Parte im Schiffsbuche des Correspondentrheders unter dem Namen des Gemeinschuldners verzeichnet seien, sich mithin nach der gangbaren Rechtsansicht noch in dessen Besitz befänden. Dasselbe werde anzunehmen sein von andern gleichfalls genau bezeichneten Schiffsparten, für welche von den Correspondentrhedern Dividenden an die Concursmasse gezahlt seien, weil sich daraus ergebe, daß auch diese dem Cridar gehörten und auf dessen Namen ständen. Die Eigenthumsacten seien freilich nicht mehr vorhanden und möglicher Weise vom Cridar einem (namhaft gemachten) Gläubiger zu dessen Sicherstellung cedirt. Der Güterpfleger bat, ihn zum Verkaufe aller dieser Schiffsantheile zu ermächtigen. Das Gesuch ward abgeschlagen, „da die Eigenthumsacten nicht vorlägen und wegen der hervorgehobenen Möglichkeit, daß die fraglichen Parte dem X. in securitatem cedirt seien. Das Oberappellationsgericht bestätigte durch Bescheid vom 11. Mai 1871.

Gründe:

Es ist zwar richtig, daß die Eigenthumsacte der darin genannten Person nicht eine ihr zustehende Forderung, sondern das Miteigenthum am Schiffe zu einem bestimmten Antheile bescheinigen, und daß daher für die Uebertragung des darin verbrieften Rechts die Cession im technischen Sinne des Wortes nicht der geeignete Rechtsact ist. Daraus folgt aber keineswegs, daß die Geschäfte, welche unter der oft gebrauchten Form einer vorbehaltlos oder in securitatem vollzogenen Cession von Eigenthumsacten geschlossen werden, wirkungslos bleiben müßten. Die Ausdrücke sind vielmehr nach den für die Auslegung von Willenserklärungen geltenden Regeln ganz in dem Sinne zu nehmen, welche der im Verkehrsleben geltende Sprachgebrauch denselben beilegt. Danach

ist es nicht zweifelhaft, daß bei der Cession einer Eigenthumsacte der Vertragswille der Contrahenten dahin geht, mittels dieses Actes dem „Cessionar" das Miteigenthum des „Cedenten" zu übertragen. Es liegt also darin die keiner besonderen Form bedürfende Vereinbarung, daß das Eigenthum sofort, sei's definitiv oder unter dem Vorbehalte demnächstiger Wiedereinlösung, auf den Erwerber übergehen soll, und das genügt nach Art. 439 des Handelsgesetzbuches auch ohne hinzukommende Einräumung des Mitbesitzes am Schiffe, den Eigenthumsübergang zu bewirken. So lange der Correspondentrheder, welcher nach Art. 460, Abs. 4, dem Schiffer gegenüber die Rhederei allein vertritt, also durch denselben das Schiff für die einzelnen ihm bekannten Rheder besitzt, von einer geschehenen Veräußerung nicht in Kenntniß gesetzt ist und deshalb das veräußerte Part noch nicht auf den Namen des neuen Erwerbers umgeschrieben hat, bleibt der Veräußerer freilich Mitbesitzer des Schiffes; das Concursgericht hat indessen mit vollem Rechte Bedenken getragen, die Heranziehung der in Rede stehenden Schiffsparte bloß deshalb, weil der Cridar dieselben noch besitzt, unbekümmert um die Eigenthumsfrage zu genehmigen. Es kann durchaus nicht zugegeben werden, daß die Vertreter des Gläubigercorps berechtigt seien, schlechthin alle Sachen, welche bei der Concurseröffnung im Besitze des Gemeinschuldners vorgefunden sind, ohne weitere Nachforschung über das diesem Besitze zu Grunde liegende Recht als Massenobjecte zu behandeln und die rechtzeitige Geltendmachung von Eigenthumsansprüchen einfach abzuwarten, selbst wenn das Concursproclam auch die Anmeldung solcher Ansprüche gefordert hat; sie müssen dabei vielmehr **bona fide** verfahren mit der bei einem sorgsamen Verwalter fremden Gutes vorauszusetzenden Umsicht. Diese verbietet, solche Sachen als Concursgüter zu behandeln, rücksichtlich deren überzeugende positive Gründe für die Annahme vorhanden sind, daß der Cridar dieselben schon mit voller Rechtswirkung veräußert habe, ehe ihm die Verfügungsgewalt über sein Vermögen genommen war. Ein solcher Fall liegt

hier vor. Anerkanntermaßen ist es in neuerer Zeit ganz allgemein üblich geworden, bei der Bildung von Rhedereigenossenschaften jedem Mitrheder über sein Part eine Eigenthumsacte auszustellen, und diese Urkunden werden dann in der oben geschilderten Weise zu Veräußerungsgeschäften verwendet. Danach ist aber, wenn die anzustellenden Nachforschungen nicht ein anderes Ergebniß liefern, ganz gewiß die Annahme begründet, daß der Cridar die von ihm gerhedeten Parte, über welche er die dafür ausgestellten Eigenthumsacten nicht mehr besitzt, veräußert habe.

---

40. Blancocession eines Hypothekenscheins.

Si. 1723/1872.

Erkenntniß vom 4. Juli 1872.

1) Eine schriftliche Urkunde, in welcher der Aussteller erklärt, daß er hiemit eine ihm zustehende bestimmte Forderung cedire, auch über den baaren Empfang der Valuta quittirt und damit auf einen Forderungsverkauf als **causa cessionis** hinweist, den Namen des Cessionars aber nicht angibt, sondern späterer Eintragung vorbehält, ist ein im vollen Sinne des Wortes unfertiges, für sich allein zum Beweise einer geschehenen Cession ganz untaugliches Document. Da nämlich die Cession ein Vertrag ist, so gewinnt der in solcher Urkunde allerdings vollständig ausgesprochene Cessionswille des Forderungsberechtigten erst dadurch Bedeutung, daß derselbe einer bestimmten Person gegenüber als Vertragsanerbieten erklärt und von dieser angenommen wird. Das geschieht, wenngleich Cessionsverträge auch mündlich geschlossen werden können, keineswegs schon durch die einfache Uebergabe der unvollendeten Schrift, weil daraus allein nicht zu

entnehmen ist, daß die Urkunde gegeben und genommen sei, um damit ein dem Inhalte derselben entsprechendes Rechtsgeschäft zwischen Geber und Nehmer abzuschließen. Die Tradition einer Sache dient den verschiedensten Zwecken und wird zu einem bestimmten Rechtsgeschäfte erst dadurch, daß die zu Grunde liegende Willensrichtung ausdrücklich erklärt oder aus den begleitenden Umständen mit Sicherheit zu erkennen ist, wie dies z. B. bei der Uebergabe einer Vertragsurkunde an den darin benannten Contrahenten oder dessen Stellvertreter der Fall sein würde. Daher steht dem vindicirenden Eigenthümer die Thatsache, daß er selbst den Besitz der Sache freiwillig abgetreten habe, nicht entgegen, und auch der redliche dritte Erwerber kann sich außerhalb des nur noch particularen Geltungsbereichs der deutschrechtlichen Vindicationsbeschränkungen darauf nur dann mit Erfolg berufen, wenn die in den Artikeln 306, 307 des Handelsgesetzbuches vorgesehenen thatsächlichen Voraussetzungen gegeben sind.

2) Die Mecklenburgischen Hypothekenscheine und Stadtbuchschriften sind keine Inhaberpapiere und ebensowenig indossabel. Das Eigenthum daran wird übertragen durch eine Tradition, bei welcher der Uebereignungswille sich in einem, die verbriefte Forderung betreffenden, durch eine in blanco ausgestellte Urkunde nicht zu erweisenden Cessionsvertrage manifestirt. Daß die auf eine Mobilisirung aller Vermögensobjecte hindrängende Zeitrichtung bestrebt ist, auch diese Werthpapiere als Handelswaare zu verwenden und deren Umsatz von erschwerenden, zugleich aber auch sichernden Rechtsformen zu befreien, ändert an dem bestehenden Rechte nichts, und wenn auch zuzugeben sein mag, daß im Verkehrsleben, bei Versuren intabulirter Capitalien, Blancocessionen nicht ganz zu entbehren sind und vielfach vorkommen, so werden daraufhin vorsichtige Geschäftsleute solche Papiere doch nur nehmen, wenn der Offerent eine bekannte vertrauenswürdige Person ist und seine Legitimation als zweifellos erscheint. Sich hierüber Gewißheit zu verschaffen unterläßt der Nehmer auf seine Gefahr, wie ja auch selbst Derjenige, welcher ein solches Papier auf Grund einer fertigen Cessionsacte acquirirt,

immer noch die Echtheit dieser Urkunde und die Identität des darin benannten Cessionars mit dem Offerenten auf seine Gefahr zu prüfen hat. Ein Verkehrsbedürfniß, welches unabweislich forderte, daß Hypothekenpapiere gleich den Börseneffecten rasch und formlos von Hand zu Hand gehen können, hat sich, so viel bekannt, bisher nicht herausgestellt, jedenfalls noch keine rechtliche Anerkennung gewonnen und würde daher seine Befriedigung eventuell erst von einem neuen Gesetze zu erwarten haben.

3) Hiernach findet der vorliegende Anspruch auf Herausgabe des libellirten, jetzt im Besitze des Beklagten befindlichen Hypothekenscheins über ein Intabulat von 1000 Thlr. eine vollständige Begründung in der streitlosen Thatsache, daß dieser Schein auf Klägers Namen lautet, also für ihn ausgestellt, auch in seinem Besitze gewesen ist. Damit ist festgestellt, daß er das Eigenthum, dessen Fortbestand er nicht darzulegen braucht, erworben hat.

---

41. Zur Lehre von der Compensation.

Bo. 1261/$_{1871}$.

Der Dr. B. schuldete dem Kaufmann H. aus einem im Jahre 1858 geschlossenen Hauskaufe 13,000 Thlr. und hatte darüber Schuldverschreibungen zu 1000 Thlr., verzinslich mit 4 Procent und in bestimmten Terminen bis 1881 rückzahlbar, ausgestellt. Am 31. August 1868 erwarb Dr. B. eine Gegenforderung an H. mittels folgender Cessionsacte des Kaufmanns T.:

„Ich cedire hiemit dem Dr. B., nachdem ich wegen der Valuta befriedigt worden bin, von meiner Forderung aus geleisteter Bürgschaft an den Kaufmann H., in Firma

T. & Co., den Betrag von 4000 Thlr. ohne Vorbehalt und Neuerung, aber auch ohne Gewähr."

Diese Forderung beruhte darauf, daß T. aus Gefälligkeit mehrere Wechsel indossirt hatte, welche H. ihm vorlegte und sogleich zum Zwecke der Begebung auf eigene Rechnung wieder an sich nahm. Dieselben wurden erst nach dem 31. August, im Laufe der Monate September und October, fällig und sodann von T. eingelöst. Inzwischen war nämlich bereits am 1. September die Tags zuvor verfügte Concurseröffnung über das Vermögen des insolventen, entwichenen H. bekannt gemacht. Nach diesen Vorgängen am 3. September zeigte der Rentier X. dem Dr. B. an, daß die rückständigen Hauskaufsgelder ihm bereits am 28. Juni 1861 von H. cedirt seien. Nur um dessen Credit zu schonen, habe er bisher darüber geschwiegen und es geschehen lassen, daß sein Cedent die Zinsen weiter erhoben, die fortan ihm selbst zu entrichten seien. B. erwiderte, daß er die nunmehr durch Cession des T. erworbene Gegenforderung mit 4000 Thlr. in Aufrechnung bringen und nur noch den verbleibenden Rest verzinsen werde. X. klagte auf den vorenthaltenen Theil der Zinsen und das Oberappellationsgericht verwarf durch drittinstanzliches Erkenntniß vom 22. April 1872 die vorgeschützte Compensationseinrede.

Gründe:

1) Für die Entscheidung des gegenwärtigen Rechtsstreites wird vor Allem die Frage wichtig, ob der Beklagte mit der erhobenen Compensationseinrede zuzulassen sei. Dieselbe ist von den beiden vorigen Erkenntnissen verschieden beurtheilt, die sent. I. hat die Einrede verworfen und den Kläger zum Beweise seines Klaggrundes gelassen, während das jetzt angefochtene Erkenntniß vom 10. März v. J. die Compensation für zulässig erklärt und in Grundlage derselben die erhobene Klage sofort abgewiesen hat. Bei der hienach nöthig werdenden wiederholten Prüfung dieses Streitpunktes ist zunächst die Thatsache in's Auge zu fassen, daß diejenige Forderung, welche der Beklagte dem klagenden Cessionar gegenüber aus der Person des Cedenten aufrechnen will, nicht aus einem Verhält-

nisse herrührt, welches zwischen ihm und dem Letzteren bestand, sondern daß ihm dieselbe von einem Dritten, dem Kaufmann T., übertragen ist. Es wird deshalb zu untersuchen sein, welcher Art diese ihm cedirte Forderung war, und ob er durch den Act der Cession in die Lage gebracht wurde, dieselbe zu dem angestrebten Zwecke für sich zu verwerthen.

2) Nach den übereinstimmenden Angaben der Parteien verhält es sich hiemit folgendermaßen. Der Cedent des Klägers, Kaufmann H., wollte für sich eine Summe Geldes bei der Bank flüssig machen. Zu diesem Zwecke wurden vier Wechsel angefertigt, von welchen der eine, ein eigener Wechsel auf 1800 Thlr., von einem Dritten dem Kaufmann H. ausgestellt und von Letzterem mit einem Blanco-Indossamente versehen ward, die übrigen aber von demselben Dritten auf den Kaufmann H. gezogen und von diesem acceptirt wurden. Um die zur Begebung bei der Bank nöthigen drei Unterschriften zu erhalten, ersuchte nun H. den Kaufmann T., alle diese Wechsel aus Gefälligkeit gegen ihn als Indossant zu unterschreiben. Dies ist geschehen, die auf 8300 Thlr. im Ganzen lautenden Wechsel wurden solchergestalt bei der Bank begeben und H. hat die betreffenden Summen in Empfang genommen. Die Wechsel waren fällig am 4. und 19. September 1868, sie sind bei der Fälligkeit weder von dem Kaufmann H., noch von dem Aussteller, über deren beider Vermögen damals schon der formelle Concurs ausgebrochen war, sondern von dem Indossanten T. eingelöst. Letzterer hat von seiner Forderung aus geleisteter Bürgschaft an den Kaufmaun H. vom 31. August 1868, wo die Insolvenz des Letzteren bereits angezeigt, das decretum de aperiundo concursu aber noch nicht publicirt war, den Betrag von 4000 Thlr. dem Beklagten cedirt, und mit dieser Forderung will der Letztere zu dem gedachten Betrage dem klagenden Cessionar gegenüber, welcher ihm die geschehene Cession der libellirten Capitalforderungen des Kaufmanns H. unbestritten erst am 3. September angezeigt hat, compensiren.

3) Das zwischen dem Kaufmann H. und dem Kaufmann T. bestehende Verhältniß charakterisirt sich offenbar als ein dem Letzteren ertheiltes Mandat, durch seine Unterschrift als Indossant den Credit der vier Wechsel so zu verstärken, daß dieselben bei der Bank begeben werden konnten, und dasselbe ward sofort dadurch ausgeführt, daß T. die begehrten Unterschriften zu dem gewünschten Zwecke ertheilte. Derselbe übernahm dadurch den Inhabern der Wechsel gegenüber eine selbständige Verpflichtung als Wechselschuldner, die letztere aber war nicht bloß eine durch die Fälligkeitstermine der Wechsel betagte, sondern zunächst nur eine Regreßverbindlichkeit, die durch die Ausführung des Mandats übernommene Haftung war abhängig davon, daß die betreffenden Wechsel zur Zeit der Fälligkeit von den Hauptverpflichteten nicht eingelöst wurden und daß der Wechselgläubiger rechtzeitig Protest Mangels Zahlung erhob, sie war also durch den Eintritt dieser letzteren beiden Momente bedingt. Ein solches Verhältniß, wie es von dem T. eingegangen ist, wird auch als eine verkleidete Bürgschaft bezeichnet, und in der That liegen in demselben, wenn auch die Erfordernisse einer Bürgschaft im eigentlichen Sinne nicht gegeben sind, materiell alle Voraussetzungen einer Intercession.

Vergl. Thöl, Handelsrecht, Bd. 2, §. 286.

Unbestritten hat der Mandatar, welcher einem ihm ertheilten Auftrage nachgekommen ist, gegen den Mandanten die **actio mandati contraria** auf Ersatz aller Aufopferungen, welche er in oder bei der Ausführung des Auftrages gemacht hat. Im vorliegenden Falle war der Inhalt und Zweck des sofort ausgeführten Auftrages die Uebernahme einer Regreßverbindlichkeit auf Seiten des Kaufmanns T., und es liegt auf der Hand, daß dem Letzteren hiedurch allein ein mit der **actio mandati contraria** zu verfolgender Anspruch noch nicht erwachsen war. Denn dem Mandanten sollte hiedurch die Möglichkeit gegeben werden, durch Begebung der Wechsel sich eine Summe Geldes zu verschaffen, welche erst nach bestimmten, vorher festgestellten Zeiten von ihm zurückzuzahlen war. Dar-

aus erhellt von selbst als die Intention des Geschäfts, daß T. vor der Fälligkeit der Wechsel von dem Kaufmann H. weder die Befreiung von dem übernommenen Obligo, noch die Zahlung derjenigen Summe, auf welche die Wechselverbindlichkeit lautete und die ja eben bis dahin bei H. verbleiben sollte, verlangen konnte. Die Forderung auf Zahlung war um so mehr ausgeschlossen, als es sich um Wechsel handelte, welche sich in den Händen eines Dritten befanden, mithin der Indossant nicht in der Lage war, dieselben gegen Empfang deren Betrags sofort an den Schuldner auszuhändigen, Letzterer also keine Garantie dafür hatte, daß er dieselben zur Zeit der Fälligkeit an den Wechselgläubiger, welcher in ihrem Besitze war, nicht noch einmal werde zahlen müssen. Es existirte sonach am 31. August 1868 auf Seiten des Mandatars T. noch keine Geldforderung, dieselbe konnte erst entstehen dadurch, daß er in Folge seines Obligo die Wechsel zur Zeit der Fälligkeit einlöste.

4) Nun hatte sich zwar am 31. August 1868, dem Tage, an welchem T. von seiner Forderung aus geleisteter Bürgschaft an den Kaufmann H. dem Beklagten die Summe von 4000 Thlr. cedirte, die Sachlage so gestaltet, daß der Kaufmann H. sowohl, wie der zweite Wechselverpflichtete, damals insolvent waren, T. also völlig übersehen konnte, daß er gehalten sein werde, die betreffenden Wechsel am 4., 19. September, 2., 19. October aus eigenen Mitteln einlösen zu müssen und somit in die Lage gebracht war, wegen der Nachtheile, welche ihm so durch sein nur aus Gefälligkeit übernommenes Obligo erwuchsen, Deckung zu suchen. Allein diese factische Aenderung der Sache hat, wenn sie auch nicht einflußlos ist, doch nicht den Erfolg, daß er zum Zwecke solcher Deckung eine sofort geltend zu machende Forderung gegen seinen Mandanten auf Hergabe derjenigen Summe gewann, welche seiner Verpflichtung entsprach. Der Intercedent, welcher in Gefahr geräth, zahlen zu müssen, weil der Schuldner anfängt zu verschwenden oder sonst unsicher wird, kann Abnahme seiner Verbindlichkeit oder Sicherstellung wegen der-

selben verlangen und mag die letztere auch dadurch suchen, daß er eine Summe, welche er dem Letzteren schuldet, retinirt, aber einen Anspruch auf diejenige Summe, für welche er intercedirte, also eine sofort zu verfolgende Geldforderung, hat er gegen den Schuldner nicht und hatte namentlich T. gegen H. nicht, weil er nicht im Stande war, vor der Einlösung der Wechsel die letzteren demselben gegen Zahlung der Wechselsumme einzuhändigen.

5) Bestand sonach auf Seiten des Kaufmanns T. am 31. August 1868 nur eine Forderung gegen den Kaufmann H. auf Abnahme der Verbindlichkeit aus den ausgestellten Indossamenten oder auf Sicherstellung dieserwegen, so sind dies Ansprüche, welche ihrem Begriffe nach durch Cession auf einen Dritten, welcher in dem Schuldnexus nicht steht, sich nicht übertragen lassen. Derjenige, auf welchen ein solcher Anspruch übertragen wäre, würde von dem Schuldner die Abnahme einer Verbindlichkeit fordern, welche er gar nicht hat, sein Verlangen, Sicherheit wegen der ihm drohenden Gefahr eines Vermögensverlustes zu erhalten, würde ohne Inhalt sein, da ihm kein Verlust irgend welcher Art droht, die ganze Verbindlichkeit, welche wegen solcher Ansprüche nur in Betracht kommen kann, vielmehr bei seinem Cedenten zurückgeblieben und er in dieselbe keineswegs eingetreten ist. Wollte man selbst sein Interesse heranziehen, welches darin begründet sei, daß er dem Cedenten die Valuta des Anspruchs bezahlt habe, so würde auch hieraus nichts folgen, was die Existenz einer solchen Forderung in seiner Person begründen könnte, vielmehr wird gerade durch diesen Gesichtspunkt noch die Richtigkeit der obigen Annahme gestützt. Denn hat er dem Cedenten Valuta gegeben, so besteht sein Interesse eben darin, daß dieser einen Anspruch, welcher der Valuta entspricht, gegen den Schuldner gewinne oder gewonnen habe, und ein solcher entsteht nur dann, wenn sein Cedent in Gemäßheit des übernommenen Obligo hat zahlen müssen, es läßt sich daher nicht absehen, wie er durch die Cession eine Forderung darauf gewinnen und geltend machen könne, daß

der Cedent von der Zahlung liberirt werde oder Sicherheit dafür erhalte, daß er nicht zahle.

6) Durch die Cession sind deshalb dem Beklagten Forderungen des Kaufmanns T. auf Liberation oder Sicherstellung mit Rechtseffect nicht übertragen. Ein Anspruch desselben aus dem Mandate, soweit ein solcher durch Einlösung der Wechsel begründet werden konnte, bestand damals noch nicht, auch kein bedingter Anspruch, sondern lediglich ein Verhältniß, in dessen weiterer Entwickelung ein mittels der **actio mandati contraria** verfolgbarer Anspruch entstehen konnte. Allerdings ist die Cession von Forderungsrechten, welche in einem von dem Cedenten bereits eingegangenen Verhältnisse mit oder ohne sein Zuthun erzeugt werden können, rücksichtlich der Contrahenten kein ungültiger Act, wie ja überhaupt **futurae obligationes**, die nur im Allgemeinen als künftig existent gedacht werden, cessibel sind. Aber die Cession wird hinsichtlich ihres Gegenstandes erst ganz fertig, insoweit sich aus dem fraglichen Verhältnisse Forderungen entwickeln, und kann daher das Recht des Cessionars auf dieselben nicht auf den Tag der Cession zurückdatirt werden, sondern seinen Anfang erst mit dem Augenblicke nehmen, wo sie wirklich geworden sind.

Mühlenbruch, Lehre von der Cession, §. 24, S. 262, not. 37.

Hiezu gehörte im vorliegenden Falle die Bezahlung der Wechsel, und diese ist nicht früher geschehen, als zur Zeit der in **rat.** 2 gedachten respectiven Fälligkeit der Wechsel. Hinsichtlich keines derselben trat die Fälligkeit vor dem 4. September 1868 ein. Mithin hatte Beklagter am 3. September, wo Kläger ihm die Seitens des H. geschehene Cession der fraglichen Capitalforderungen desselben anzeigte und sich dadurch in ein sicheres Verhältniß zu ihm versetzte, aus der Cession des Kaufmanns T. noch kein Forderungsrecht auf den Entschädigungsanspruch, welcher dem Letzteren erst aus dessen späterer Zahlung erwuchs. Da nun die durch die Denuncia-

tion geschaffene Rechtslage durch den nachherigen Forderungs-erwerb nicht mehr alterirt werden konnte, so war die Einrede der Compensation schon aus diesem Grunde zu verwerfen.

---

42. Kauf. Folgen des Behaltens unbestellter, dem Empfänger mit Preisangabe zugestellten Kaufmannswaaren. Ae. $240/_{1872}$.

Aus den Entscheidungsgründen zu einem Erkenntnisse vom 11. Mai 1872.

Rücksichtlich der Sendung vom 24. October 1867 räumt der Beklagte deren Empfang ausdrücklich ein, bestreitet jedoch, daß darüber ein perfecter Kaufvertrag zu Stande gekommen sei. Was er in diesem Betreff Thatsächliches anführt, ist indessen offenbar viel zu unbestimmt, um als eine genügende Klagbeantwortung gelten zu können. Er will auf ein sehr dringendes Verkaufsanerbieten des Klägers erst ganz ablehnend und dann ausweichend sich dahin erklärt haben, daß er nur etwa Tischwein, nicht aber feinere Sorten gebrauchen könne, und behauptet, daß, wenn er gleichwohl die ganze Sendung angenommen und einstweilen behalten habe, dies nur deshalb geschehen sei, weil Kläger es gewünscht habe, um die damals bevorstehende Nachversteuerung zu vermeiden. Wenn es hienach seine Absicht gewesen ist, die ihm zugesendeten Waaren ganz oder zum Theil nur einstweilen für den Kläger in Verwahrung zu nehmen, so erforderte die **bona fides**, daß er die voraufgegangenen Verkaufsverhandlungen nunmehr durch eine bündige Erklärung zum Abschlusse brachte, indem er sich bestimmt darüber aussprach, daß und eventuell rücksichtlich welcher bestimmt anzugebenden Weine er sich nur als Depositar betrachte; er durfte nicht die ganze, mit seiner Be-

willigung ihm gemachte Sendung Jahre lang stillschweigend behalten und dadurch den Kläger zu dem Glauben berechtigen, daß seine Verkaufsofferte doch noch nachträglich vorbehaltlos angenommen sei. Mindestens hätte er doch jetzt bestimmt sagen müssen, welche von den in jener Sendung enthalten gewesenen Waarenposten er dem Kläger zur Disposition stelle, während er sich nur im Allgemeinen bereit erklärt, den noch vorhandenen Vorrath zurückzugeben, ohne anzudeuten, wie groß dieser Vorrath ist und worin derselbe besteht.

Hieraus ergiebt sich, daß der Kläger die geschehene Lieferung der in Rechnung gestellten Waaren nicht mehr zu beweisen braucht, daß mithin in dieser Richtung eine abändernde Entscheidung auf die Beschwerde des Beklagten nicht ergehen kann, und ist nunmehr zu untersuchen, ob der in Betreff der notirten Preise ihm auferlegte Beweis gleichfalls entbehrlich sei. Diese Frage ist zu bejahen. Freilich sind die alternativ zum Beweise verstellten Klagbehauptungen vom Beklagten mit völliger Bestimmtheit dadurch in Abrede genommen, daß er nach den oben erwähnten Eingangsworten seiner Vernehmlassung sagt, er leugne, daß die Preise vereinbart, und wisse nicht, ob dieselben marktgängig und billig üblich seien. Diese ihrem Wortlaute nach zweifellos auf alle Rechnungsansätze sich beziehende Erklärung überhob ihn der Mühe, dieselbe bei Bestellung der einzelnen Lieferungen stets zu wiederholen und stellt demnach eine ausreichende negative Litiscontestation dar, welche an sich die Beweisauflage rechtfertigen würde. Nun hat aber der Kläger hiegegen in seiner Replikschrift behauptet, er habe dem Beklagten bei jeder Waarensendung und ebenso am Schlusse jedes Jahres mit der Anl. A. conforme Rechnungen zugestellt, welche bisher völlig unmonirt geblieben seien. Es muß anerkannt werden, daß dieses Vorbringen relevant ist, in der Replikschrift noch zuläßig war und keines Beweises mehr bedarf. Wer unbestellte Kaufmannswaaren mit einer Preisangabe zugeschickt erhält, wird allerdings gegen einen solchen Kaufantrag ohne Nachtheil sich ganz passiv verhalten können und weder zur Rücksendung, noch zu irgend einer Rückäußerung verpflichtet sein; dasselbe gilt aber nicht von Demjenigen, welcher

die ihm übersandten Waaren, wiewohl ohne zuvorige Preisberedung, entweder ausdrücklich bestellt oder, wie vorliegenden Falles als feststehend angenommen ist, in der Absicht, dieselben käuflich zu erwerben, behalten hat. Unter dieser Voraussetzung würde es entschieden mit der bona fides unvereinbar sein, wenn der Empfänger die der Waarensendung beigelegte Verkaufsrechnung ganz ignoriren oder seine Absicht, die angesetzten Preise nicht zu bewilligen, einstweilen verschweigen und inzwischen sogar die Waaren verbrauchen dürfte, um demnächst bei erfolgender Mahnung einfach Marktgängigkeit und Angemessenheit der Preisforderung zu bestreiten und damit dem Verkäufer einen Beweis aufzubürden, der bei manchen Handelsartikeln, insbesondere auch bei Weinen, ohnehin schwer ist und immer schwerer wird, je länger der Verkäufer in dem guten Glauben, daß seine Preise acceptirt, mithin nachträglich vereinbart seien, stillschweigend Credit gegeben hat. Es erscheint vielmehr als unbedenklich, den Empfänger in Fällen der vorliegenden Art für verpflichtet zu erklären, die Beschaffenheit der Waare auch mit Rücksicht auf den geforderten Preis zu untersuchen, und wenn er diesen zu hoch findet, mithin die um einen nicht vorbedungenen, also um den ihrer Qualität entsprechenden Preis gekaufte Waare in diesem Betreff nicht als empfangbar anerkennen will, dem Absender sofort davon Anzeige zu machen. Von der processualischen Seite betrachtet, enthält die vorstehend erörterte Behauptung des Klägers allerdings keine eigentliche Replik, weil damit nicht eine vorgeschützte Einrede entkräftet werden soll, wohl aber ist darin eine noch in der Replikschrift statthafte thatsächliche Erläuterung der Klagbehauptung, daß die Preise vereinbart seien, zu befinden, indem der Kläger aus dem geschilderten Verhalten des Beklagten mit Recht entnimmt, daß diese Vereinbarung durch Zustellung und Annahme der Rechnungen sich vollzogen habe, es kann aber keinen Zweifel leiden, daß der Beklagte auch über solche Thatsachen, welche zwar an sich zum Klaggrunde gehören würden, aber zulässiger Weise erst in der Replikschrift vorgebracht sind, sich duplicirend zu erklären hat und für geständig gelten muß, wenn er dies unterläßt, also auch, wenn er sich, wie im gegen-

wärtigen Falle geschehen ist, mit der Duplikhandlung präcludiren läßt. Das versteht sich nach der bestehenden Ordnung des Proceßganges von selbst und ist demgemäß das bei Einforderung der Duplik gestellte Präjudiz des Eingeständnisses der Repliken in dem weiteren Sinne zu verstehen, daß davon alle in der Replikschrift noch rechtzeitig aufgestellten Behauptungen ergriffen werden, welche der Kläger im Streitfalle zu beweisen haben würde.

---

43. Mandat. Si. 1723/1872.

Aus der rechtlichen Natur des Mandatsverhältnisses folgt von selbst, daß der Mandant aus den in seinem Namen vom Mandatar eingegangenen Rechtsgeschäften nur so haftet, wie er zu deren Abschluß Auftrag gegeben hatte. Die besonderen gesetzlichen Bestimmungen über die Rechte eines Institor, seinen Principal durch Verträge zu verpflichten, machen davon keine Ausnahme, sondern beruhen auf einer naheliegenden Auslegung des dem institorischen Vertrage zu Grunde liegenden Willens. Ein Gewerbtreibender, der in seinem offenen Geschäftslocale einen Geschäftsführer hält, stellt denselben damit allein schon öffentlich als seinen Repräsentanten dar, der ermächtigt sei, für ihn alle in das Bereich des Gewerbebetriebes einschlagenden Geschäfte zu machen, und er soll deshalb, wenn der Anstellungsvertrag einen anderen, beziehungsweise einen beschränkteren Inhalt hatte, dies ebenso öffentlich durch einen, im Geschäftslocale an hervorragender Stelle anzubringenden Anschlag bekannt machen. L. 11 §. 3, 4 D. h. t. (14, 3). — Aus gleichem Grunde wird überhaupt Derjenige, welcher zur Besorgung einer Angelegenheit, zu deren Abwickelung eine ganze Reihe einzelner Rechtsacte gehört, z. B. zu einer Erbregulirung oder zur Durchführung eines Pro-

cesses, schriftliche Generalvollmacht ertheilt hat, dritten Personen gegenüber sich nicht auf mündliche, den Auftrag beschränkende Nebenberedungen mit Erfolg berufen können. Mag dasselbe sogar von jeder, auch nur ein bestimmtes Rechtsgeschäft betreffenden schriftlichen Vollmacht gelten, so hat eine solche doch dem Intervenienten nicht vorgelegen, als er den libellirten Schein von R. zum vollen Nominalwerthe nahm. Er hatte nur eine Blancocession vor sich, mit welcher weder ein perfect gewordener Cessionsvertrag, noch eine Ermächtigung zu unbedingter und unbeschränkter Disposition zu erweisen war.

Erkenntniß vom 4. Juli 1872.

---

44. Lehrlingsvertrag. Schadensersatz wegen Vertragsbruchs. Oe. $128/_{1871}$.

Der Schneider D. hatte seinen Sohn dem Kaufmann S., welcher sich verpflichtete, denselben unentgeltlich bei freier Station binnen $3^1/_2$ Jahren zum Handlungsgehülfen im Materialwaarengeschäft auszubilden, Ostern 1870 in die Lehre gegeben. Am 24. September jenes Jahres entwich der Lehrling seinem Principal, S. machte dem Vater hiervon sofort Anzeige und forderte, da die zunächst wegen einer gütlichen Lösung des Verhältnisses eingeleiteten Verhandlungen sich zerschlugen, den unverzüglichen Wiedereintritt des entwichenen Lehrlings in das Geschäft. D. antwortete am 3. October, daß sein Sohn am folgenden Tage sich stellen werde, allein als dieser am 4. oder 5. October eintraf, wies S. ihn zurück mit dem Bemerken, er habe so lange nicht warten können und deshalb inzwischen die Stelle anderweitig besetzt. Nach diesen Vorgängen trat S. mit einer Schadensklage gegen D. auf, indem er denselben zunächst als den ihm persönlich haftenden Contrahenten, eventuell aber als gesetzlichen

Vertreter des Sohnes in Anspruch nahm. Er forderte für die Zeit von Ostern bis Michaelis Lehrgeld (Honorar für die Unterweisung) und Kostgeld in bestimmten Beträgen, wiewohl unter Vorbehalt des richterlichen Ermäßigungsrechts. Diese in erster Instanz zurückgewiesene Klage wurde in zweiter, sofern sie gegen den Beklagten als väterlichen Vormund seines Sohnes sich richte, für begründet und liquid erkannt mit der Bestimmung, daß, wenn der Beklagte einen ihm vorbehaltenen, hier nicht interessirenden Einredebeweis verfehle, sein Sohn in eine nach freiem richterlichen Ermessen zu bestimmende Entschädigung zu verurtheilen sei, für deren Höhe maßgebend sein werde, daß der Kläger in der Zeit vom 24. September bis 4. October die Hülfe eines Lehrlings ganz entbehrt habe und daß der am 4. October angenommene Lehrling muthmaßlich erst nach Verlauf eines gleichen Zeitraums die schon geübtere und deshalb werthvollere Kraft des beklagtischen Sohnes werde ersetzen können.

Das Oberappellationsgericht stellte durch Urtheil vom 20. Juli 1871 das erste Urtheil wieder her.

Gründe:

1) Zwar entsteht im Gefolge des Vertrages, wodurch ein Vater seinen minderjährigen Sohn einem Kaufmann in die Lehre giebt, zugleich ein eigenthümlich geartetes Dienstverhältniß des Lehrlings zu seinem Lehrherrn, wodurch der erstere in selbständiger Weise obligirt wird, und kann es keinem Zweifel unterliegen, daß, wenn der Lehrling durch Verletzung der ihm danach obliegenden Pflichten seinem Principal einen Schaden zufügt, er selbst diesem deswegen ersatzpflichtig wird. Auch mag es zugegeben werden, daß, wenn der Lehrling durch sein Verhalten dem Principal Grund giebt, die Aufhebung des Dienstverhältnisses vor der im Lehrvertrage bestimmten Zeit zu verlangen, und solche, wie hier geschehen, von demselben beansprucht und durchgesetzt wird, der Prinzipal dadurch nicht ohne Weiteres den Anspruch auf Ersatz des Schadens verliert, welcher ihm in Folge der durch den Lehrling veranlaßten vorzeitigen Beendigung des Dienstverhältnisses

erwächst, obwohl die einschlagenden Artikel 62 und 64 des Handelsgesetzbuches einer solchen Berechtigung keine Erwähnung thun. Der hier aus diesem Grunde von dem Kläger erhobene Anspruch mußte jedoch in der Richtung, in welcher derselbe erhoben worden ist, als völlig ungerechtfertigt zurückgewiesen werden.

2) Ist nämlich auch der Kläger in Folge der eingetretenen Aufhebung des Dienstverhältnisses der Vortheile beraubt worden, welche er von der weiteren Verwendung der Kräfte des beklagtischen Sohnes in seinem Geschäfte während der noch übrigen drei Jahre der festgesetzten Lehrzeit zu ziehen hoffen durfte, ebenso vielleicht dadurch benachtheiligt, daß der an seiner Stelle angenommene neue Lehrling erst nach Verfluß eines halben Jahres etwa dasjenige zu leisten vermag, was der entfernte Lehrling jetzt schon zu leisten im Stande gewesen wäre, und darf auch immerhin angenommen werden, daß die Leistungen, zu welchen der Lehrling im ersten halben Jahre seiner auf einen drei und einhalbjährigen Zeitraum festgesetzten Lehrzeit im Stande ist, zu dem Aufwande an Mühe und Beköstigung, welche er dem Lehrherrn verursacht, in keinem entsprechenden Verhältnisse standen: auf keinen Fall konnten diese Umstände den Kläger berechtigen, nunmehr als Ersatz des ihm durch den vorzeitig erfolgten Abbruch des Lehr- und Dienstverhältnisses in den angedeuteten Richtungen etwa entstandenen Schadens ein Lehr- und Kostgeld von bestimmter Größe zu begehren, obwohl solches im Lehrvertrage selbst gar nicht bedungen war, und gegen den Sohn insbesondere konnte er seine Schadensforderung schon aus dem Grunde in dieser Weise nicht formuliren, weil er eine derartige Vergütung für seine Leistungen immer nur von dem Vater hätte begehren können, welcher die Kosten des Unterrichts und der Ernährung des noch minderjährigen und in seiner Gewalt stehenden Sohnes allein zu bestreiten hatte.

3) Mußte aber der in solcher verfehlten Richtung erhobene Schadensanspruch als völlig unbegründet verworfen werden, so war auch die durch die **Sententia I.** erkannte reine Ab-

weisung der Klage um deswillen gerechtfertigt, weil ein Anspruch anderer Art gar nicht vom Kläger erhoben worden ist, und die bloße Möglichkeit, daß ihm dennoch ein solcher zustehen könne, den Richter weder berechtigen kann, die in verkehrter Richtung angestellte und so, wie sie erhoben ist, unbegründete Klage dadurch aufrecht zu erhalten, daß er das in der Beurtheilung eines erhobenen Schadensanspruches ihm zustehende freie Ermessen der Zubilligung eines zwar möglicher Weise dem Kläger gebührenden, von ihm aber nicht geforderten und in seiner Begründung auch nicht einmal dargelegten Schadensersatzes walten läßt, ebensowenig aber auch ihn nöthigt, statt der reinen Abweisung des erhobenen Anspruchs bloß um deswillen, weil derselbe im Sinne des Schadensersatzanspruches geltend gemacht ist, trotz seiner völligen Unbegründetheit eine Abweisung angebrachtermaßen eintreten zu lassen.

---

45. Zur Auslegung des Artikels 306 des Handelsgesetzbuchs. Ri. 111/1870. Str.

Ein Forsteigenthümer hatte den Holzbestand eines durch Waldbrand beschädigten Reviers dem Holzhändler T. verkauft. Dieser hatte sich verpflichtet, das Holz auf eigene Kosten zu fällen und die ihm überwiesene Waldfläche, die ihm inzwischen als Lagerplatz dienen sollte, bis zu einem bestimmten Zeitpunkte vollständig zu räumen. Dem Verkäufer stand wegen des creditirten Kaufpreises eine Generalhypothek am Vermögen des Käufers zu. Da dieser die vereinbarten Zahlungstermine nicht einhielt, untersagte ihm der Verkäufer die weitere Holzabfuhr, gestützt auf die aus dem Pfandrechte abzuleitende Retentionsbefugniß, wurde dann aber von einem Dritten auf Herausgabe des

an einer bestimmt bezeichneten Stelle der Brandfläche noch lagernden Holzes verklagt. Der Kläger behauptete, er habe dieses Holz von T. gegen baar entrichteten Preis gekauft und am Lagerplatze durch Tradition überwiesen erhalten. Damit habe er, da T. Kaufmann sei, nach Art. 306 des Handelsgesetzbuches das pfandfreie Eigenthum erworben. Diese unbegründet befundene Rechtsbehauptung gab dem Oberappellationsgerichte Anlaß zu folgender Ausführung:

Wenn der Kläger, wie er behauptet, das fragliche Holz, welches bereits geschlagen war, aber noch auf der Brandfläche und zwar zur linken Seite der von N. nach G. führenden Landstraße lag, von T. dadurch tradirt erhielt, daß dieser ihn an den Lagerplatz führte, ihm dort das Holz zeigte und zur Verfügung stellte, so war damit allerdings ein zur Besitzübertragung ausreichender Traditionsact vollzogen.

L. 1 § 21 D. de acquir. possess. (41, 2),

L. 51 eod.,

L. 79 D. de solut. et liberat. (46, 3).

Daß damit allein aber noch keine Uebergabe im Sinne des Art. 306 cit. bewirkt war, ergiebt sich aus folgenden Erwägungen.

Die Ansicht Endemann's (Handelsrecht, §. 74, not. 4), daß dieser Artikel „der nothwendige Ausdruck der Mobilisirung des Sachenbegriffs" sei, entbehrt der Begründung. Mit einer so abstract allgemeinen Formel ist ohnehin nichts gewonnen, auch ist es noch sehr fraglich, ob für den modernen Handelsverkehr ein so vollständiger Bruch mit der gemeinrechtlichen Eigenthumslehre als ein wirklich vorhandenes Rechtsbedürfniß anzuerkennen sei. In diesem Betreff ist die Bemerkung Gerber's (Deutsches Privatrecht, §. 102, not. 9) im höchsten Grade beachtenswerth, daß eine so weit gehende Erschütterung des Eigenthums eine unweise Begünstigung des Obligationenrechts enthalte, deren Bedürfniß für den Credit im Handelsverkehre auch mehr als ein nur eingebildetes sich darstelle, wie die Erfahrung aus dem bisherigen Geltungsbereiche

des gemeinen Rechts beweise. Die Entstehungsgeschichte des Artikels —

vergl. darüber Goldschmidt, Zeitschrift für Handelsrecht, Band 9, Seite 1 ff.,

Anschütz, in seinem, und v. Völdendorffs, Commentar zum Handelsgesetzbuche, Seite 150 ff. und Seite 157 —

zeigt denn auch, daß die Frage, ob dem redlichen Erwerber einer beweglichen Sache, die ein Kaufmann in seinem Handelsbetriebe veräußert hat, ohne Weiteres das pfandfreie Eigenthum zuzuschreiben sei, zwar reiflich erwogen, aber schließlich verneint ist, indem ausdrücklich anerkannt und am Schlusse des Artikels ausgesprochen wurde, daß der Satz keine Anwendung finde, wenn die Gegenstände gestohlen oder verloren waren. Damit ist also gesagt, daß das pfandfreie Eigenthum auch auf den redlichen Erwerber nicht übergehe, wenn die Sache dem bisherigen Eigenthümer oder Faustpfandgläubiger ohne dessen Willen abhanden gekommen war, und es bleibt daher für den ersten Absatz des Artikels nur der andere Fall übrig, wenn der bisherige Eigenthümer oder Pfandnehmer die Sache auf Grund eines das Recht selbst nicht übertragenden Titels, insbesondere durch Hinterlegung, Leihe oder Versatz einem Anderen freiwillig hingegeben hatte. Diese beiden vom Gesetze scharf geschiedenen Fälle gehen parallel neben einander her und stehen keineswegs in dem Verhältnisse einer Ausnahme zur Regel, wie denn auch der von Endemann aufgestellte Grundsatz, daß der redliche Erwerb allein entscheidend sei, als ein die ganze Lehre beherrschendes Princip sich darstellen würde, welches keine Ausnahme duldet und die über gestohlene und verlorene Sachen gegebene Bestimmung als eine durchaus willkürliche und unerklärliche erscheinen läßt.

Muß nun eine Gesetzesauslegung, welche zu einem so unbefriedigenden Ergebnisse führt, schon von vorn herein Anstoß und Bedenken erregen, so wird dieselbe vollends unannehmbar, wenn der geschichtliche Zusammenhang, in welchem das auszulegende Gesetz mit dem bisher geltend gewesenen Rechte steht, zu einem andern, völlig befriedigenden Resultate hin-

führt. Als historische Grundlage des Artikels 306 bietet sich aber der bekannte Satz des älteren Deutschen Rechts von selbst dar, der in der Paroemie „Hand muß Hand wahren“ oder „Wo man seinen Glauben gelassen hat, muß man ihn wieder suchen“ seinen volksthümlichen Ausdruck gefunden hat. Der Sachsenspiegel lehrt (Landrecht 2, 60), daß Derjenige, welcher ein Stück fahrender Habe der Gewahrsam eines Andern anvertraue, sich wegen Rückgabe der Sache nur an diesen, eventuell an dessen Erben halten könne und nicht befugt sei, die Sache aus dritter Hand zu vindiciren. Einzige Voraussetzung dieses Ausschlusses der Vindicationsbefugniß ist das freiwillige Aufgeben der Gewahrsam von Seiten des Eigenthümers; ob der Empfänger die Sache treuloser Weise weiter gegeben oder ob sie ihm ohne seinen Willen abhanden gekommen, ist ohne Einfluß, und ebenso kommt auch darauf nichts an, ob der jetzige Inhaber ein redlicher Erwerber ist. Wenn nun dieser Lehrsatz des Sachsenspiegels in späteren Rechtsquellen (vergl. u. A. die Hamburger Statuten von 1603, II., 2, 7) mit der augenscheinlich auf römischrechtlichen Einfluß hinweisenden Modification auftritt, daß die aus jener Rechtsparoemie zu entnehmende Einrede gegen den vindicirenden Eigenthümer dem unredlichen Erwerber versagt wird, so ist damit keine Weiterbildung und consequente Durchführung eines vom Sachsenspiegel aufgestellten Princips, sondern eine Einschränkung seines Lehrsatzes zu Gunsten der gemeinrechtlichen Eigenthumslehre gegeben. Mit dieser Beschränkung ist der Satz in das Handelsgesetzbuch aufgenommen, hat hier jedoch die, übrigens naheliegende Aenderung erhalten, daß der redliche Erwerber, für den allein die Bestimmung noch gilt, nicht mehr bloß eine Einrede gegen die Vindication des bisherigen Eigenthümers, sondern selbst das Eigenthum gewinnt, also nunmehr auch seinerseits, sogar gegen den bisherigen Eigenthümer die Vindicationsbefugniß erlangt. Die Neuerung besteht also lediglich darin, daß der unredliche Erwerber sich fortan gar nicht mehr auf die Paroemie berufen kann, der redliche dagegen freies Eigenthum

erwirbt, wenn diejenige Voraussetzung vorliegt, unter welcher das alte Recht jedem dritten Besitzer gestattet, den vindicirenden Eigenthümer an den zu verweisen, dem er die Sache anvertraute. Diese Voraussetzung, welche das Handelsgesetzbuch unberührt, mithin ungeändert läßt, ist nicht eingetreten, so lange der bisherige Eigenthümer sich ununterbrochen in der Lage befindet, die freiwillig hingegebene Sache von dem ersten Empfänger, sei es im Wege der Klage oder durch außergerichtliche, ohne unerlaubte Eigenmacht ausführbare Zurücknahme wieder zu erlangen. Erst wenn die Sache so in dritte Hand gekommen ist, daß eine Klage gegen den ersten Empfänger thatsächlich nicht mehr zu deren Wiedererlangung führen könnte, tritt die Paroemie in Wirksamkeit. Ganz dasselbe gilt für den Pfandgläubiger. So lange er die Sache von Demjenigen, dem er sie anvertraute, zurückempfangen oder zurücknehmen kann, ist ihm sein Pfandrecht unverloren.

Erkenntniß vom 29. April 1872.

---

46. Ausstellung eines eigenen Wechsels über eine baar empfangene Anleihe. Ho. 875/1868.

Vergl. Thöl, Handelsrecht, §. 323.

Aus einem Appellationsbescheide vom 2. November 1868.

Es läßt sich nicht behaupten, daß, wenn Jemand gegen Ausstellung eines eigenen Wechsels Geld leiht, darin unter allen Umständen zwei Verträge, ein Darlehn und ein Wechselcontract, zu finden sind, vielmehr hängt dies lediglich von der Absicht der Contrahenten ab, welche auch dahin gerichtet sein kann, daß nur Ein Contract geschlossen werden soll und das Geld nur als Va-

luta für die Uebernahme der Wechselverbindlichkeit gegeben wird. — Wo die Absicht der Contrahenten auf die Begründung zweier Obligationen gerichtet ist, der Wechsel also nur zur Sicherheit für das Darlehn dienen soll, oder wo über eine bereits bestehende Schuld ein Wechsel ausgestellt wird, ohne daß dabei eine aufhebende Novation beabsichtigt ist, liegt aber in der Ausstellung und Annahme des Wechsels jedenfalls die Vereinbarung, daß jene Schuld durch Einlösung des Wechsels getilgt werden soll, und dem Schuldner, der sich hiezu durch Ausstellung des Wechsels verpflichtet und durch Weiterbegebung desselben in die Lage kommen kann, daß er die Wechselsumme einem dritten Inhaber des Wechsels zahlen muß, steht gegen die aus dem daneben bestehenden Forderungsverhältnisse gegen ihn erhobene Klage die Einrede zur Seite, daß er die Schuldsumme in Folge jener Vereinbarung nur an den sich legitimirenden Inhaber des Wechsels und gegen Rückgabe des letzteren zu zahlen verbunden ist. Der Gläubiger kann daher jedenfalls, so lange die Wechselverbindlichkeit besteht und der Schuldner zur Einlösung des Wechsels bereit ist, aus dem unterliegenden Verhältnisse nur dann klagen, wenn er im Stande und bereit ist, den Wechsel zurückzugeben, und tritt dieselbe Verpflichtung zur Rückgabe des Wechsels auch dann ein, wenn er die Forderung zur Compensation benutzen will.

---

47. Verjährter Wechsel als Schuldschein.

We. 856/1872.

Aus einem Querelbescheide vom 2. Mai 1872.

Wenn ein Schuldschein, welcher ein mit dem Bekenntnisse des Empfanges der Valuta ausgestelltes Zahlungsversprechen enthält, für geeignet gehalten wird, um eine auf denselben begrün-

dete Klage so weit für liquid zu halten, daß die Verhandlung auch ohne Angabe des speciellen Schuldgrundes einzuleiten ist, so beruht dies darauf, daß in Gemäßheit der Verordnung vom 17. März 1838 durch eine solche Urkunde bis zum Beweise des Gegentheils als constatirt anzunehmen ist, es bestehe zwischen den Parteien und liege dem Zahlungsversprechen zu Grunde ein civilrechtliches Schuldverhältniß, welches seinen Ausdruck in dem Schuldscheine gefunden habe und den Aussteller des letzteren dem Gläubiger gegenüber deshalb obligire, weil der Betrag der versprochenen Summe durch diesen in sein Vermögen gekommen sei. Dies verhält sich bei einem Wechsel ganz anders. Das darin enthaltene Bekenntniß des Valutenempfanges besagt weiter nichts, als daß der Aussteller die Gegenleistung für die übernommene Wechselverpflichtung nicht creditirt habe, sondern dieserhalb in irgend einer nicht näher angegebenen Weise befriedigt sei, und das Versprechen, „gegen diesen Wechsel" die darin genannte Summe zahlen zu wollen, läßt nicht erkennen, daß neben der damit constituirten Wechselforderung auch noch ein anderer davon unabhängiger Anspruch auf dieselbe Summe bestehe. Ist deshalb mit der Verjährung die bindende Kraft des Wechsels, als solchen, erloschen, so genügt dessen Inhalt nicht zur Begründung einer Klage aus demselben, sobald nicht dasjenige Schuldverhältniß, welches zu seiner Ausstellung geführt hat, angegeben ist. Nach §. 83 der Allgemeinen Deutschen Wechselordnung bleibt der Aussteller eines Wechsels dem Inhaber nur so weit verpflichtet, als er sich mit dessen Schaden bereichern würde.

---

48. Haftung aus einem formell ungültigen Wechselversprechen. Bo. 1232/1870.

Im 7. Bande dieser Sammlung, S. 200, Nr. 48, ist über eine gegen den Remittenten und ersten Indossanten einer Tratte

erhobene Wechselregreßklage berichtet, welche sofort ohne Verhandlung zurückgewiesen war, weil angenommen wurde, daß es an einer rechtsbeständigen, den Beklagten verpflichtenden Wechselurkunde fehle. Dem Indossamente des Beklagten hatte nämlich ohne dessen Zustimmung der darin benannte Wechselnehmer mittels Durchstreichens seines Namens die äußere Form eines Blancoindossaments gegeben und gleichzeitig sein eigenes zunächst folgendes Blancoindossament ausgestrichen, damit aber nach der Ansicht der erkennenden Gerichte dem Indossamente des Beklagten die rechtliche Wirksamkeit genommen und den Zusammenhang mit dem nachfolgenden aufgehoben.

Der Wechselinhaber veranlaßte nunmehr den Indossatar des Beklagten, sein eigenes Indossament, wiewohl mit dem neuen Zusatze „ohne Obligo" herzustellen, auch in das des Beklagten seinen Namen wieder einzuschreiben und vor Notar und Zeugen die Erklärung abzugeben, daß er die Streichung keineswegs vorgenommen habe, um die Giros zu entwerthen, sondern lediglich in der irrthümlichen Voraussetzung, damit ein, jeden späteren Inhaber legitimirendes Blancoindossament zu schaffen. Die daraufhin erhobene neue Wechselklage blieb indessen ebenso erfolglos, wie die erste. Zur Begründung des Querelbescheids vom 4. Februar 1869 (Bo. 1180), durch welchen das Oberappellationsgericht die sofortige Abweisung bestätigte, ist bemerkt:

> Hatte A. einmal durch Streichung seines Namens in dem an seine Ordre ausgestellten Indossamente des Beklagten, sowie seines eigenen Blancoindossaments die zur Anstellung einer Wechselregreßklage wider den Indossanten von Seiten seiner selbst, wie seiner Nachmänner erforderliche, ex officio zu beobachtende Legitimation, wie nicht zu bezweifeln, zerstört, und so den Wechsel gegenüber dem Beklagten seiner wechselmäßigen Wirksamkeit beraubt: so stand es ihm in keiner Weise frei, den hiedurch für den Beklagten eingetretenen Rechtszustand einseitig und willkürlich dadurch zu verändern, daß er über den durchstrichenen Stellen ohne dessen Zustimmung seinen Namen wieder einschaltete, und konnte deshalb, da dieser Sachverhalt durch den eigenen Inhalt der erhobenen

Klage völlig klar gestellt ist, auf dieselbe das Wechselverfahren nicht eingeleitet werden.

Nach diesen Vorgängen versuchte der Wechselinhaber seinen Anspruch im Wege des ordentlichen Processes zur Geltung zu bringen. Wenn das Indossament des Beklagten durch die nur aus Rechtsirrthum und ohne die Absicht einer Lösung des Schuldverhältnisses geschehene Zerstörung der Form seine wechselrechtliche Wirkung eingebüßt habe, so sei doch das damit unbestritten ertheilte und vom Indossatar angenommene Garantieversprechen in der Bedeutung einer Bürgschaftsübernahme für die Wechselschuld des inzwischen zahlungsunfähig gewordenen Trassaten und Acceptanten von wechselmäßiger Beurkundung unabhängig, mithin als eine gewöhnliche Regreßschuld wirksam geblieben. Ueberdies habe Beklagter diese Verbindlichkeit auch nach der mit seinem Indossamente vorgenommenen Aenderung wiederholt ausdrücklich anerkannt, und unter dem Vorgeben, zur Deckung des vollen Schuldbetrages außer Stande zu sein, vergleichsweise erst 25, dann 50, endlich $62^1/_2$ Proc. geboten, später aber, als Kläger, dem zu seiner Erklärung keine Frist gesetzt gewesen sei, den letzten Vorschlag angenommen habe, sich wieder zurückgezogen und jede Verantwortung für den Wechsel abgelehnt. Diese Klage kam zwar zur Verhandlung, wurde aber schließlich wiederum in allen drei Instanzen abgewiesen.

Gründe
des bestätigenden Bescheides vom 10. October 1870:

Für die Entscheidung der Frage, ob eine behauptete wechselrechtliche Verbindlichkeit besteht oder nicht, ist die gewählte Proceßart als solche ebenso gleichgültig, wie dies hinsichtlich anderer Rechtsverhältnisse der Fall ist, sobald es darauf ankommt, zu beurtheilen, ob deren rechtliche Erfordernisse und Voraussetzungen vorhanden sind oder nicht. Die Beantwortung jener Frage hängt daher im ordentlichen Processe gerade wie im Wechselprocesse selbst lediglich und allein von den einschlagenden Normen des Wechselrechts ab. War also nach diesen, wie in den vorausgegangenen Wechselprocessen mit

Recht von den erkennenden Gerichten angenommen ist und der Kläger selbst jetzt anerkennt, durch die mit dem Indossament des Beklagten vorgenommenen Veränderungen dieses selbst seiner wechselmäßigen Kraft beraubt, so kann es die danach ihm entzogene Wirksamkeit auch dadurch nicht wieder erlangen, daß er die ursprünglich bestandene, jetzt aber aufgehobene Verbindlichkeit nunmehr im Wege des ordentlichen Civilprocesses geltend zu machen sucht. Denn nach der eigenthümlichen Natur der Wechselverbindlichkeit als einer Formalobligation ist die Wechselschrift nicht etwa bloß das äußere Erkennungszeichen für das Dasein des auf deren Begründung gerichteten Willens, welchem selbst eine von dieser seiner äußeren Erscheinungsform unabhängige Bedeutung zukäme, sondern vielmehr der Körper, die Substanz der beabsichtigten Obligation selbst, so daß die Entstehung und der Bestand dieser in jeder Weise streng an die Beobachtung und das Vorhandensein derjenigen formellen Erfordernisse gebunden ist, welche das Recht für das Zustandekommen und den Fortbestand der wechselmäßigen Verbindlichkeit aufgestellt hat, und am allerwenigsten angenommen werden kann, derjenige Contrahent, welcher durch Ausstellung eines Wechsels oder Ertheilung eines Indossaments sich verpflichtet, habe nicht bloß in dieser besonderen Art und Weise, sondern ganz absolut sich verpflichten wollen. Eine solche völlig abstracte Willensbestimmung läßt sich nicht einmal bei den nicht durch ihre Form, sondern bloß durch ihren Inhalt charakterisirten obligatorischen Verträgen deduciren. Auch bei diesen erscheint vielmehr der Wille sich zu verpflichten und dessen fortdauernde Wirksamkeit an das wirkliche Zustandekommen und den Fortbestand des in materieller Hinsicht beabsichtigten Rechtsgeschäfts gebunden. Vollends würde es aber allen civilrechtlichen Grundsätzen widerstreiten, eine solche abstracte Absicht, sich zu verpflichten, da anzunehmen, wo das intendirte Rechtsgeschäft in seinem gesammten Bestande davon abhängig ist, daß der betreffende Wille gerade in einer bestimmten Form erklärt ist und in dieser Form dauernd äußerlich sich manifestirt. Der

Versuch des Klägers, das vom Beklagten ertheilte Wechselversprechen, nachdem es als solches seine Kraft und Bedeutung verloren hat, als ein einfaches, an keine Form gebundenes, vertragsmäßiges obligatorisches Versprechen zur Geltung zu bringen, kann deshalb nur als völlig verfehlt bezeichnet werden.

Aus dem gleichen Grunde kann aber auch der Kläger sich nicht darauf berufen, daß in dem vom Beklagten ertheilten Indossamente zugleich eine Verbürgung für die Verpflichtung des Wechselausstellers und Acceptanten enthalten gewesen und durch die Ertheilung des Indossaments nach den obwaltenden Umständen auch wirklich bezweckt worden sei. Denn immer würde diese Bürgschaft nur in der Form des Indossaments gerade beabsichtigt und geleistet worden sein, und in keiner Weise ist von ihm dargelegt worden, daß der Beklagte ihm daneben, sei es vor oder nach Ertheilung dieses Indossaments, ein selbständiges, davon unabhängiges Bürgschaftsversprechen geleistet habe.

Es bleibt daher, da Kläger in jetziger Instanz auf die durch die beiden vorigen Erkenntnisse mit Recht als haltlos zurückgewiesene Begründung der Klage auf fuglose Bereicherung oder den dolus des Beklagten nicht zurückgekommen ist, nur noch übrig, zu untersuchen, ob Beklagter, wie Kläger behauptet, seine erloschene wechselrechtliche Verbindlichkeit wirklich in solcher Weise anerkannt hat, daß durch diese Anerkennung eine neue Verpflichtung gleichen Inhalts und Umfangs entstanden. Allein auch diese Frage ist mit den beiden vorigen Erkenntnissen zu verneinen. Die bloße Anerkennung des Bestehens oder des Fortbestandes eines Rechtsverhältnisses als solche ist nämlich rechtlich völlig bedeutungslos, sobald sich nicht damit der Wille verbindet, dadurch einen bestimmten praktischen Erfolg herbeizuführen, und dieser Wille zugleich in äußerlich erkennbarer und für die Herbeiführung dieses Erfolgs geeigneter Weise erklärt wird. In dieser Beziehung läßt sich aber aus Demjenigen, was Kläger rücksichtlich der verschiedenen Vorgänge, bei welchen Beklagter die jetzt in Frage

stehende Schuld anerkannt haben soll, vorgebracht hat, überall nicht erkennen, daß der Beklagte jemals gewillt und bereit gewesen ist, den Ansprüchen, welche Kläger damals wie jetzt gegen ihn erhoben hat, volles Genüge zu leisten. Vielmehr stehen alle diese verschiedenen Anerkennungen in so unmittelbarem Zusammenhange mit gleichzeitiger Ablehnung der Wiederherstellung der zerstörten Indossamente und Vergleichsverhandlungen, die Beklagter unter Berufung auf seine beschränkte Zahlungsfähigkeit in Aussicht stellte, sowie den von ihm gemachten Accordvorschlägen, daß denselben nach der erkennbaren Absicht des Beklagten nur für die letzteren Bedeutung beigelegt werden kann. Unter diesen Umständen konnte daher auch durch die behauptete Acceptation dieser Anerkennungen als solcher, da dieselben sichtlich nur in einem beschränkten Sinne ertheilt wurden, kein in seinem Bestande von dem ursprünglichen völlig unabhängiger obligatorischer Anerkennungsvertrag zu Stande kommen, durch welchen der Beklagte verpflichtet worden wäre, den vollen Betrag der von ihm indossirten Wechsel zu zahlen, ohne alle Rücksicht auf die Frage, ob er rechtlich dazu gehalten sei oder nicht.

---

49. Ueber den Unterschied zwischen Wette und Glücksspiel. Ba. 1293/1873.

Aus einem Bescheide vom 6. Februar 1873, mit welchem das Oberappellationsgericht ein in zweiter Instanz gesprochenes Beweisinterlocut bestätigte, nachdem die Klage in erster abgewiesen war.

Bei der Beurtheilung des vorliegenden Rechtsstreits ist davon auszugehen, daß Wetten rechtsbeständige und klagbare Ver-

träge sind. Es werden indessen unter dieser Bezeichnung nicht selten Vereinbarungen getroffen, welche in der That zu den Glücksspielen gehören oder doch denselben gleichgeachtet werden müssen, und diese sind bekanntlich, auch wenn sie nur zur geselligen Unterhaltung betrieben werden, nicht klagbar, und, wenn es dabei wesentlich auf den Gewinn abgesehen ist, sogar verboten. Eine Wette wird dadurch veranlaßt, daß der eine Contrahent eine Behauptung aufgestellt hat, welcher der andere widerspricht, und besteht in der Vereinbarung, daß Derjenige, dessen Behauptung als unrichtig sich herausstellen werde, eine bestimmte Summe Geldes oder ein anderes bestimmtes Vermögensobject verwirkt haben solle. Auch der Ausgang eines Glücksspieles hängt davon ab, ob von zwei sich ausschließenden Eventualitäten die eine oder die andere sich verwirklicht; aber der wesentliche Unterschied von einer Wette liegt, abgesehen von einem andern, übrigens nicht unbestrittenen Merkmale des Spielvertrags,

vergl. Gerber, Deutsches Privatrecht, §. 193, Anm. 2,

eben darin, daß dem Hazardspieler die von ihm vertretene Behauptung als solche ganz gleichgültig ist, da er eine wohlbegründete Ueberzeugung von deren Richtigkeit gar nicht haben kann, weil der Zufall entscheidet, und daß sein Interesse lediglich in der Hoffnung auf mühelosen Gewinn oder in der Unterhaltung, welche ihm die Spannung auf den Erfolg gewährt, begründet ist, während der Wettende eine Behauptung aufstellt, an deren Bewährung er ein von dem Gewinne unabhängiges Interesse hat, und für welche er die Wettsumme nur einsetzt, um die Festigkeit seiner Ueberzeugung zu beweisen.

Wilda, Zeitschrift für Deutsches Recht, Bd. VIII., S. 211,
Gerber, a. a. O., §. 194.

Als sicheres Kennzeichen einer wahren Wette muß demnach der Umstand betrachtet werden, daß dem Abschlusse des Vertrags ein unentschieden gebliebener Meinungsstreit voraufgegangen ist, in welchem Jeder der Streitenden durch sein Verhalten gezeigt hat, er lege aus irgend einem Grunde Werth darauf, Recht zu haben, und daß die für den entgegengesetzten Fall verwillkürte Poen zu der Vermögenslage des Promittenten nicht in offenbarem Miß-

verhältnisse steht. Diese Voraussetzungen sind hier gegeben. Die streitig gebliebene Frage, welcher Contrahent den Vorschlag zur Eingehung der Wette gemacht habe, ist dabei nicht von entscheidender Bedeutung. Den Anlaß gab der in Gegenwart beider Parteien vor dem Amtsgerichte D. stattgehabte Verkauf des Erbpachtgutes E. und die von dem Beklagten demnächst aufgestellte Behauptung, er habe darauf mehr als 20,000 Thlr. geboten, mag er nun diese Angabe gemacht haben schon am Abende des 7. Juni 1871 auf die Frage des klägerischen Bruders, wie hoch er das Gut schätze, oder erst am 17. November, provocirt durch die Neckerei des Klägers, daß er alle mögliche Licitationstermine bereise, ohne jemals ordentlich zu bieten. In beiden Fällen hat er unstreitig seine Angabe als eine ernstlich gemeinte aufgefaßt wissen wollen, und es mußte ihm deshalb daran gelegen sein, nicht vor den zum Wirthschaftspersonale des Klägers gehörenden jungen Leuten der Unwahrheit und damit wenigstens indirect eitler Prahlerei geziehen zu werden. Wenn dies nun gleichwohl geschah, indem der Kläger mit gleicher Bestimmtheit hartnäckig behauptete, Beklagter habe überhaupt nur ein Angebot im ungefähren Betrage von 12,000 Thlr. abgegeben, ohne sich bei dem Fortgange der Versteigerung weiter zu betheiligen, so konnte er sich sehr wohl bewogen finden, für die Bewährung seiner Behauptung 100 Thlr. einzusetzen, da er seinem eigenen Geständnisse zufolge diese Summe ohne Schwierigkeit herbeizuschaffen vermag und, ohne in Verlegenheit zu gerathen, hergeben kann. Bei einer auf Grund eines solchen Vorganges unter wohlhabenden Personen um eine nicht übermäßige Summe eingegangenen Wette bedarf die Ernstlichkeit des Vertragswillens einer besonderen Darlegung eben so wenig, wie bei andern erlaubten Rechtsgeschäften, die äußerlich zu einem bündigen Abschlusse gediehen sind. Daß eine durch erklärte Willenseinigung zu Stande gekommene Vereinbarung gleichwohl nur zum Scherze getroffen sei, hat der Contrahent darzulegen, eventuell zu beweisen, welcher aus diesem Grunde die Erfüllung des Vertrags ablehnt; im vorliegenden Falle fehlt es aber einer solchen Einrede an einer ausreichenden thatsächlichen Begründung. Wenn der Kläger bei

dem Tischgespräche, als Jeder auf seiner Behauptung bestand, sofort in stürmischer Weise die Wette vorschlug und den Beklagten so in die Enge trieb, daß er als Gast des Klägers dessen Proposition nicht unbedingt von der Hand weisen zu dürfen meinte; so zeigte der Kläger durch sein Verhalten gerade, wie ernstlich er auf seiner Proposition bestehe, und auch Beklagter gab nun zu erkennen, daß er eine wenigstens vorläufige Annahme der sofortigen Ablehnung unter den obwaltenden Umständen vorziehe. Daß eine wahre Einschüchterung Statt gefunden habe, welche die freie Selbstbestimmung eines verständigen Mannes zu beeinflussen geeignet sein könnte, behauptet er selbst nicht.

---

50. Condictio sine causa. Do. 428/1874.

Entscheidungsgründe zu einem Bescheide vom 20. April 1874.

Bei der Beurtheilung des gegenwärtigen Rechtsstreits ist von der feststehenden Thatsache auszugehen, daß die Schuldverschreibung auf 1000 Thlr., welche der Curande des Klägers dem Appellanten in der wegen mangelnder Angabe von Ort und Tag unvollkommenen Form eines eigenen Wechsels unter dem unwahren Bekenntnisse des baaren Valutenempfanges ausgestellt hat, eine Schuld aus verbotenem Glücksspiele betrifft. Dieses Zahlungsversprechen war zweifellos und anerkanntermaßen nichtig, auch abgesehen von der dem Promittenten, als gerichtlich erklärtem Verschwender, ganz allgemein fehlenden Verpflichtungsfähigkeit. Denn wenn es auch richtig sein sollte, daß eine Klage auf Rückgewähr eines freiwillig gezahlten Spielverlustes

l. 4 § 1, 2 D. de aleat. (11, 5)

vom heutigen auf deutscher Anschauung beruhenden Rechte nicht mehr gegeben wird, so ist doch gewiß, daß auch gegenwärtig

noch das Spielen „auf Borg" eine Klage auf Erfüllung nicht erzeugt.

Wilda, Zeitschrift für Deutsches Recht, II., pag. 185 ff.,
Gerber, Deutsches Privatrecht, §. 193, not. 5.

Demgemäß war der vom Kläger erhobene Anspruch auf Herausgabe des von seinem Curanden in mangelhafter Wechselform über eine creditirte Spielschuld ausgestellten Scheins nach den von der condictio sine causa geltenden Regeln vollständig begründet, und wurde auch dadurch nicht entkräftet, daß der Appellant sofort in der Vernehmlassung den wahren Schuldgrund anerkannte und dessen Richtigkeit zugab. Durch das zu diesen Acten abgelegte Geständniß wurden nämlich der Kläger, beziehungsweise der Curande und dessen Erben keineswegs sichergestellt gegen Weiterungen, welche aus einer späteren mißbräuchlichen Verwendung des Scheins erwachsen konnten, da in demselben durch das Bekenntniß des Valutenempfanges ein Darlehn als Schuldgrund simulirt war, mithin einer darauf später etwa zu begründenden Darlehns- oder Bereicherungsklage immer erst mit der Einrede der Dispositionsunfähigkeit des Ausstellers oder (in Gemäßheit des Gesetzes vom 17. März 1838) der nicht empfangenen Zahlung begegnet werden mußte. Der Bescheid vom 25. Juni 1872, welcher den Appellanten zur Herausgabe der Urkunde und zur Kostenerstattung verurtheilte, beruhte daher auf zutreffenden Erwägungen, kam aber nicht zur Expedition, weil der Kläger um Aussetzung des Richterspruchs wegen schwebender Verhandlungen bat. Bei dieser Sachlage brachte der Kläger sodann zur Anzeige, daß sein Curande die 1000 Thlr. am Verfalltage bezahlt habe, überreichte den vom Appellanten quittirten Schein und beantragte nunmehr, nachdem somit der bisher verfolgte Anspruch sich erledigt hatte, des Appellanten Verurtheilung zur Erstattung des empfangenen Geldes mit Zinsen zu 5 Proc. seit Insinuation dieses Antrags, welcher übrigens schon in der ersten Klage eventuell gestellt war für den Fall, daß der Rechtsstreit bis zur Verfallzeit des Scheins nicht beendet sein und der Curande alsdann zahlen möchte. Es wurde darüber Verhandluug eingeleitet und bis zur Duplik fortgesetzt, worauf das jetzt angefochtene Erkenntniß ergieng.

Zunächst muß anerkannt werden, daß der vorige Richter aus zutreffenden Gründen auch jetzt noch über den ursprünglichen Klagantrag, der, wie bereits gezeigt worden, durchaus begründet und liquide war, mit entschieden hat. Dieser Antrag, den der Kläger keineswegs aufgegeben hatte und mit welchem er keineswegs nach Art einer Präjudicialklage lediglich die richterliche Anerkennung der Nichtigkeit des Versprechens, sondern die Verurtheilung zu einer Leistung, nämlich zur Herausgabe des Scheins, erreichen wollte, war auch in der Hauptsache noch nicht erledigt. Verlangt war die Auslieferung des ein nichtiges Zahlungsversprechen enthaltenden Scheins ohne dessen Einlösung, und es mußte daher constatirt werden, daß der Kläger die dennoch eingelöste Urkunde zu behalten befugt sei, obwohl der Beklagte nunmehr verurtheilt werde, die empfangene Lösungssumme zu restituiren. Sodann ist auch die gegen diese Verurtheilung gerichtete Beschwerde unbegründet. Der dagegen in erster Linie erhobene Einwand, daß der ursprünglich eventuell gestellte und dann in Folge der veränderten Sachlage principaliter erneuerte Antrag auf einer unstatthaften Klagenhäufung beruhe, ist entschieden haltlos. Allerdings ist es einem Kläger nicht gestattet, zur Begründung gleicher oder verschiedener Ansprüche Thatsachen, die einander widersprechen, in der Weise vorzubringen, daß die eventuell behauptete gelten soll, wenn die vorangestellte bestritten werden und unerweislich sein möchte; aber ein solcher Fall liegt hier nicht vor. Es handelt sich hier gar nicht um die Verbindung zweier neben einander durchzuführender Klagen. Daß der Kläger von vorne herein die Eventualität einer im Laufe des ersten Rechtsstreits erfolgenden Einlösung der condicirten Urkunde in's Auge faßte, war ganz bedeutungslos, er hätte den Eintritt derselben ohne Nachtheil abwarten können, um sodann den eventuellen Anspruch zu erheben, der nicht auf widersprechenden, sondern auf neu hinzugekommenen Thatsachen beruhte und in factischer wie rechtlicher Hinsicht eine neue Begründung erheischte. Er befand sich in ganz analoger Lage mit Demjenigen, welcher auf Erfüllung eines Vertrags klagt, hinterher aber, wenn die objective Unmöglichkeit der geforderten Leistung sich herausstellt,

die Contractsklage als Interessenklage fortsetzt und von diesem Standpunkte aus neu begründet.

Die Sache selbst anlangend, ist außer Streit, daß der Appellant die fraglichen 1000 Thlr. am 1. Juli 1872 durch einen Notar empfangen hat, welcher durch ein offenes Schreiben des Advocaten T. als „auf mittelbare Requisition" des klägerischen Curanden handelnd sich legitimirte. In diesem, dem Notariatsdocumente wörtlich eingeschalteten, an den Appellanten gerichteten Briefe sagt dessen Verfasser, daß er im Namen und Auftrage des klägerischen Curanden, mithin nicht als Vertreter oder Bevollmächtigter des jetzt klagenden Curators, ihm das Geld zusende zur Einlösung des hier in Rede stehenden Wechsels gegen Auslieferung desselben mit einer Quittung, welche den Empfang der Zahlung von Seiten des klägerischen Curanden ausdrücke. Der Appellant hat das Geld angenommen und die eben erwähnte Voraussetzung, unter welcher es angeboten war, buchstäblich erfüllt. Es muß deshalb, wie er selbst anerkennt, so angesehen werden, als ob der Curande persönlich das Geld ihm übergeben hätte, und es fragt sich nur noch, ob der Kläger, um als Vertreter des handlungsunfähigen Zahlers seine Activlegitimation zur Rückforderung der Summe in Gemäßheit der l. 29 D. de cond. indebiti (12, 6) zu erbringen, hätte behaupten und eventuell beweisen müssen, daß der Curande Eigenthümer der hingegebenen Geldstücke gewesen sei. Die angeführte Quellenstelle beruht allerdings auf dieser Voraussetzung, denn sie verweist zur Realisirung des Rückforderungsrechts auf die Eigenthumsklage, und gewährt die Condiction als deren Surrogat für den Fall, daß die gegebenen Geldstücke nicht mehr unterscheidbar beim Empfänger vorhanden sind. Damit ist aber nicht gesagt, daß die Condiction nur dann stattfände, wenn der Zahlende nachweislich eigenes Geld gegeben habe. Wer fremdes Geld in eigenem Namen credendi animo hergibt, wird nach dessen Consumtion durch den Empfänger Darlehnsgläubiger und gewinnt die condictio ex mutuo.

L. 13 §. 1 D. de reb. cr. (12, 1).

Wer fremdes Geld in eigenem Namen solvendi animo

zahlt, tilgt seine Schuld, sobald der Empfänger das Geld mit dem seinigen vermischt hat,

l. 17 D. de sol. (46, 3),

und derselbe Erfolg tritt ein, wenn er zwar mit eigenem Gelde zahlte, aber wegen seiner Handlungsunfähigkeit den Gläubiger durch die Hingabe nicht zum Eigenthümer machen konnte.

L. 19 § 1 D. de reb. cr. (12, 1),
L. 14 § 8 D. de sol. (46, 3).

Daraus folgt, daß in diesen Fällen dem Zahler, und zwar dem handlungsunfähigen ohne Rücksicht auf Irrthum, nicht aber dem gewesenen Eigenthümer der durch Consumtion untergegangenen Geldstücke die **condictio indebiti** zusteht, wenn die zu tilgende Schuld nicht bestand.

Hiernach ist der Anspruch auf Zurückzahlung der fraglichen 1000 Thlr. nebst Proceßzinsen zu 5 Proc. völlig begründet und liquide gestellt durch die streitlose Thatsache, daß der Appellant die Summe als vom klägerischen Curanden zur Einlösung einer nichtigen Schuldverschreibung ihm zugestellt angenommen und in diesem Sinne über deren Empfang quittirt hat. Daß der Curande nicht selbst, sondern in dessen Namen und Auftrage ein Dritter gezahlt hat, ändert an diesem Ergebnisse nichts, da die Unverbindlichkeit des von einem Handlungsunfähigen ertheilten Mandats dessen freiwillige Erfüllung nicht ausschließt und nur die **actio mandati contraria** in Frage stellt, dagegen den Dritten, der sich mit dem Beauftragten als solchem einläßt, obwohl ihm die Unverbindlichkeit des Auftrags bekannt ist, gar nicht berührt. Völlig bedeutungslos für die Activlegitimation des Klägers ist nach den eben aufgestellten Rechtssätzen die Frage, aus wessen Vermögen das für den Curanden gezahlte Geld entnommen ist.

---

51. Condictio ob turpem causam.

Qua. 19/1866.

In dem Debitwesen des D. meldete der Uhrmacher B. eine Forderung an aus mehreren Wechseln, welche von dem Cridar und dessen Sohne ausgestellt waren. Es ergab sich, daß die Wechsel zur Deckung eines Anspruchs gegeben waren, welchen B. auf die Behauptung gegründet hatte, der Sohn des Cridars habe, während derselbe bei ihm in der Lehre war, ein zur Beförderung auf die Post empfangenes Kistchen mit Uhren und Geld unterschlagen. Der Vertreter der D.'schen Gläubiger bestritt diese Behauptung und machte daneben geltend, daß der Cridar lediglich durch die Drohung mit einer gegen den Sohn zu richtenden Criminalanzeige zur Mitunterschrift der Wechsel gedrängt sei. Demnach erkannte das Concursgericht, zur Elidirung der an sich liquiden Wechselforderung sei zu beweisen,

entweder

daß Liquidant den Cridar durch die Drohung mit einer gegen dessen Sohn zu richtenden Criminalanzeige wegen Unterschlagung veranlaßt habe, die Accepte der fraglichen Wechsel mit zu unterschreiben,

oder

daß der Sohn des Cridars ein von dem Liquidanten ihm zur Beförderung auf die Post anvertrautes Kistchen mit Uhren im Werthe von 200 Thlr. und mit einer Geldsumme von 56 Thlr. nicht unterschlagen habe.

Auf Appellation der Liquidanten wurde durch Urtheil vom 17. December 1873 der erste dieser Beweissätze gestrichen.

Gründe:

1) Die von dem Appellanten zu diesem Debitwesen im Gesammtbetrage von 468 Thlr. 18 Sgr. 6 Pf. angemeldete Forderung besteht in der Valuta von fünf Tratten, welche er selbst auf eigene Ordre auf den Cridar und dessen inzwischen verstorbenen Sohn Carl gezogen hat und welche sodann von beiden Bezogenen acceptirt sind. Daß die gegen diesen liquiden Anspruch vorgeschützten Einreden solche sind, welche dem

Cridar, jetzt dem Vertreter seiner Gläubiger unmittelbar gegen den Liquidanten zustehen, mithin nach §. 82 der Deutschen Wechselordnung nicht ungeprüft zurückgewiesen werden dürfen, kann nicht zweifelhaft sein. Sie sind dem Rechtsgeschäfte entnommen, in Folge dessen der Cridar den in den Tratten ausgedrückten Zahlungsauftrag des Trassanten angenommen hat, und beruhen auf der Rechtsbehauptung, daß die dadurch bewirkte Eingehung der Wechselverbindlichkeit ohne Rechtsgrund erfolgt sei.

2) In dieser Beziehung steht nun streitlos fest, daß der Cridar seine Accepte ertheilt hat, ohne dafür vom Aussteller der Wechsel Deckung erhalten zu haben und ohne dessen persönlicher Schuldner zu sein, lediglich zur Sicherung eines Schadensanspruches gegen seinen Sohn, gegründet auf die Behauptung, daß dieser, während er bei dem Liquidanten als Lehrling fungirte, ein ihm zur Beförderung auf die Post anvertrautes Kistchen mit Uhren im Werthe von 200 Thlr. und mit 56 Thlr. in baarem Gelde unterschlagen habe. Demgemäß muß anerkannt werden, daß die in der zweiten Beweisalternative berührte Einrede wohl geeignet sei, den erhobenen Wechselanspruch zu elidiren, denn der Cridar würde, wenn sein Sohn des demselben vorgeworfenen Vergehens sich überall nicht schuldig gemacht haben sollte, eine Wechselbürgschaft zur Sicherstellung einer gar nicht existirenden, irrthümlich als bestehend vorausgesetzten Schuld übernommen haben und in der Lage sich befinden, die Befreiung von der durch die Accepte eingegangenen Wechselverbindlichkeit mit der condictio sine causa erstreiten zu können.

3) Anders verhält es sich mit der durch das angefochtene Urtheil in der ersten Alternative zum Beweise verstellten Einrede, daß der Liquidant die Accepte des Cridars durch die Drohung mit einer gegen dessen Sohn wegen der angeblich begangenen Unterschlagung zu beantragenden Criminaluntersuchung erpreßt habe. Nach ausdrücklichem Quellenzeugnisse

l. 10 C. de his, quae vi etc. (2, 20)

ist die Furcht vor den möglichen Folgen einer bereits erhobe-

nen oder bevorstehenden Criminalanklage nicht genügend, das zur Abwendung der Gefahr für das Leben oder die Freiheit des Bedrohten oder seiner Hauskinder Gegebene oder Versprochene mittels der actio, beziehungsweise exceptio quod metus causa rückgängig zu machen.

Savigny, System, Bd. III., S. 106 not. p.,
Schliemann, Lehre vom Zwange, S. 18—22.

Freilich steht Demjenigen, der etwas gegeben oder versprochen hat, um einen Dritten vor falscher Anklage zu bewahren, neben der dem Bedrohten selbst eingeräumten actio calumniae die condictio ob turpem causam zu,

l. 7 pr. D. de calumn. (3, 6),

allein dabei wird eben vorausgesetzt, daß die drohende Anklage als Calumnie sich darstellen, d. h. auf falschen Beschuldigungen beruhen würde. Diese thatsächliche Voraussetzung der in Rede stehenden condictio ist in den vorliegenden Beweissatz nicht aufgenommen, eine Ergänzung desselben in solcher Richtung aber unnöthig, weil die ganze Beweisauflage, wenn das Moment, daß die angedrohte Denunciation einen Unschuldigen getroffen hätte, aufgenommen würde, neben der zweiten Beweisalternative jede selbständige Bedeutung verliert. Wird dargethan, daß die Schuld des Sohnes, für welche der Cridar mit seinen Wechselaccepten eingetreten ist, gar nicht existent geworden ist, und ist damit festgestellt, daß die behauptete Unterschlagung nicht begangen ist, so bedarf es nicht noch des Beweises, daß der Appellant dieserhalb mit einem Strafantrage gedroht habe, während ohne jenen Nachweis eine solche Bedrohung bedeutungslos sein würde. Es war deshalb die erste Beweisalternative ganz zu streichen.

52. Verbürgung einer Gutsschuld. Ki. 1391/1871.

Der Pächter A. hatte ein Capital von 5000 Thlr., welches in fünf Posten à 1000 Thlr. für ihn in das Hypothekenbuch des Allodialgutes D. Fol. 46, 47, 75, 86, 87 eingetragen war, Antoni 1868 dem derzeitigen Eigenthümer S. zur Auszahlung im folgenden Johannistermine gekündigt. Da keine Zahlung erfolgte, erhob er am 4. Juli Klage bei der Justiz-Canzlei zu Güstrow, wurde aber a limine zurückgewiesen, weil S. inzwischen das Gut verkauft und tradirt hatte, mithin für seine Person nicht mehr canzleisässig und zur Aufnahme einer Klage aus der Hypothekenordnung nicht mehr legitimirt war. Ehe Kläger die Sache weiter verfolgte, zahlte der Advocat K. für S., dessen Anwalt bei dem Gutshandel er gewesen war, 2000 Thlr., wofür er die Hypothekenscheine Fol. 46, 47 zurückempfing, und entrichtete darauf bei seinem durch ein Telegramm vom 18. September 1868 angekündigten Besuche dem klägerischen Sachwalte in G. auch noch Zinsen, Provision und Proceßkosten. Anfangs Januar 1869, nachdem Kläger kurz zuvor den nunmehrigen Gutseigenthümer N. wegen der rückständigen 3000 Thlr. besprochen hatte, löste der Advocat K. auch den Hypothekenschein Fol. 75 ein, zahlte jedoch nicht die volle Valuta, auf welche nach A.'s Berechnung 55 Thlr. 21½ ßl. rückständig blieben. Am 6. Februar 1869 erwirkte A. auf Grund des inzwischen rechtskräftig gewordenen unbedingten Zahlungsbefehls gegen N. Executorialen wegen des hienach verbliebenen Capitalrestes von 2055 Thlr. 21½ ßl. nebst Zinsen darauf seit dem 25. Januar desselben Jahres und der zu 8 Thlr. 24 ßl. festgesetzten Proceßkosten, sistirte dann aber das weitere Verfahren in Folge telegraphischer Bitte des K. vom 19. Februar. Später, nachdem N. bereits weiter verkauft hatte, brach ein Specialconcurs über das Gut aus, in welchem die beiden in A.'s Händen verbliebenen Hypothekenscheine Fol. 86, 87 gänzlich ausfielen. A. verklagte nunmehr den Advocaten K. auf Zahlung derjenigen Beträge an Capital, Zinsen und Kosten, derentwegen die sistirte Execution gegen N. verfügt war und forderte außerdem eine aus-

gelegte Provision von 20 Thlr., indem er behauptete, der Beklagte habe ihm wiederholt versprochen, die ganze Gutsschuld bezahlen zu wollen. Zuerst habe derselbe im September 1868 dem Sachwalte des Klägers mündlich das von diesem acceptirte Versprechen gegeben, das ganze rückständige Capital nebst Zinsen, Kosten und Negocegebühren zu bezahlen und habe damit die Einstellung der weiteren gerichtlichen Verfolgung dieser Sache erreicht. Kläger habe nothwendig 2000 Thlr. bedurft und sich dieses Geld gegen eine Provision von 1 Proc. anderweitig verschafft. Im Januar 1869, bei der Einlösung des dritten Hypothekenscheins, habe Beklagter abermals verheißen, für seine Person den ganzen Betrag, und zwar noch im Antonitermine zu zahlen. Als sodann im April 1869 der Sachwalt des Klägers sich zum Beklagten begeben und die jetzt eingeklagten Beträge mit Einschluß der Provision von 20 Thlr. gefordert habe, sei vom Beklagten wiederum die ganze Summe im nächsten Johannistermine zugesichert.

Nach verhandelter Sache wurden dem Kläger folgende Beweise auferlegt:

a) rücksichtlich des libellirten Capitals nebst Zinsen und Kosten:

daß der Beklagte im September 1868 oder zu welcher späteren Zeit dem Sachwalter des Klägers das Versprechen gegeben habe, die dem Kläger damals noch an D. zustehenden Forderungen bezahlen zu wollen;

b) rücksichtlich der libellirten Negocegebühren:

daß entweder das sub a gedachte Versprechen sich auch auf die Erstattung etwa dem Kläger entstehender Negocegebühren erstreckt und Kläger solche für die im Antonitermine negocirten 2000 Thlr. mit 20 Thlr. bezahlt habe,

oder daß Beklagter dem klägerischen Mandatar im April 1869 die von demselben begehrte Erstattung von 20 Thlr. Negocegebühr zugesagt habe.

Die vom Beklagten vorgeschützte Einrede der Vorausklage wurde abgewiesen.

Das Oberappellationsgericht bestätigte durch Bescheid vom 6. Juli 1871.

Gründe:

Die Beträge an Capital, Zinsen und Kosten, welche jetzt vom Beklagten auf Grund des **sub Ia** der **Sententia a qua** zum Beweise verstellten wiederholten Garantieversprechens gefordert werden, sind dieselben, derentwegen die sistirte Execution gegen N. verfügt war. Nach der Klagbehauptung ist dieses Versprechen, welches demnächst im Januar 1869 bei Einlösung des dritten Hypothekenscheins und endlich noch einmal unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die jetzt eingeklagte Forderung mit Einschluß der unten zu erwähnenden Negocegebühren in der am 26. April jenes Jahres zu P. stattgehabten Conferenz wiederholt sein soll, zuerst im September 1868 gegeben bei Gelegenheit der Zusammenkunft in G. Schon diese erste Zusage würde, auch wenn sie nur den im Interlocute hervorgehobenen Inhalt hatte, also nur die dem Kläger damals noch (im Betrage von 3000 Thlr.) an das Gut D. zustehende Forderung betraf, den jetzt mitlibellirten Anspruch auf die Zinsen seit dem Schlusse des folgenden Antonitermins und die gleichfalls erst später durch den Proceß gegen N. erwachsenen Kosten rechtfertigen. Freilich ist nicht behauptet, daß der Beklagte damals schon, wie bei den späteren Wiederholungen seines Leistungsversprechens, erklärt habe, wann er zahlen wolle, allein, abgesehen davon, daß eine ohne aufschiebende Zeitbestimmung übernommene Verbindlichkeit sofort zu erfüllen ist, handelte es sich im vorliegenden Falle um die Verbürgung einer längst fälligen Forderung, rücksichtlich deren nicht zweifelhaft sein konnte, daß der Gläubiger nunmehr spätestens im bevorstehenden Antonitermine seine Befriedigung erwarte, und wenn der Kläger kurz zuvor im December den Gutseigenthümer N. belangte, so handelte er durchaus correct und im Interesse des Bürgen, dem unzweifelhaft die Einrede der Vorausklage zugestanden hätte, wenn nicht vorher der Versuch gemacht wäre, die garantirte Gutsschuld als solche zu realisiren. Daß die dem Kläger schließlich

verbliebenen Intabulate, welche in dem, anscheinend auf Instanz eines andern Gläubigers eröffneten Subhastationsverfahren ausfielen, gerettet wären, wenn er die auf seinen Antrag verfügte Hülfsvollstreckung durchgeführt hätte, liegt nicht vor; auch würde der Beklagte sich darauf nicht berufen können, da die Execution eben nur auf seine Bitte, mithin auch auf seine Gefahr, wenn er sich verbürgt hatte, sistirt worden war. In Betreff der Höhe des Capitalrestes trifft den Kläger keine Beweislast, da der ursprüngliche Betrag seiner Forderungen an das Gut feststeht, und die Behauptung, daß und wieviel mehr als in der Klage angegeben worden, darauf abgetragen sei, den Vorwurf einer Zahlungseinrede gebildet haben würde, welche nicht vorgeschützt ist und auch rücksichtlich des auf den zurückgegebenen dritten Hypothekenschein noch geforderten Restes der Valuta dadurch nicht ersetzt wird, daß der Beklagte in der Vernehmlassung erklärt hat, er wisse nicht, daß auf diesen Posten noch 55 Thlr. 21$^{1}/_{2}$ gl. rückständig seien. Der Betrag der libellirten Proceßkosten ist durch die Executorialen vom 6. Februar 1869 festgestellt und nicht streitig.

Die miteingeklagte Forderung des Ersatzes einer Negocegebühr von 20 Thlr. beruht auf der Behauptung des Klägers, daß er sich veranlaßt gesehen habe, Antoni 1869 die Valuta der beiden damals noch nicht eingelösten Hypothekenscheine sich anderweitig zu verschaffen und dem Vermittler dieses Geldgeschäfts 1 Proc. Provision habe zahlen müssen. Der Anspruch wird zweifellos begründet durch die erste Alternative des Beweissatzes Ib, aber es genügt auch die zweite; denn wenn Kläger beweist, daß das im April wiederholte Leistungsversprechen ausdrücklich auf den angegebenen Betrag jener damals bereits gemachten Ausgabe erstreckt sei, so ist damit ein selbständiger Schuldgrund gewonnen, welcher den Kläger weiteren Beweises überhebt. Beide Beweisalternativen sind conformen Klagbehauptungen entnommen.

Als einzige wahre Einrede ist am Schlusse der Vernehmlassung geltend gemacht, der Kläger müsse vor Belangung

des Bürgen erst bei dem persönlich verpflichteten Hauptschuldner, insbesondere dem vormaligen Gutseigenthümer S., auf dessen Schuldverschreibungen aus Darlehnen die fraglichen Intabulate beruhten, seine Befriedigung suchen. In dieser Anwendung ist indessen die Einrede der Vorausklage im vorliegenden Falle offenbar grundlos. Das zum Beweise verstellte Garantieversprechen drückt seinem klaren Wortlaute nach nicht die Uebernahme einer Bürgschaft für einen persönlich Verpflichteten aus, sondern betrifft unpersönlich die dem Kläger an das Gut D. zustehenden Forderungen, mithin die Gutsschuld als solche, welche bekanntlich ohne eine correlate obligatorische Verbindlichkeit eines persönlich haftenden Schuldners bestehen kann und auch neben einer solchen nicht die accessorische Natur eines bloßen Pfandrechts hat. So kann dieselbe anerkanntermaßen ohne die daneben bestehende Obligation zum Gegenstande einer Cession mit der Wirkung gemacht werden, daß der Cessionar eben nur die Gutsschuld ohne einen persönlich verpflichteten Schuldner erwirbt, und ebenso kann sie denn auch zweifellos selbständiger Gegenstand eines Garantieversprechens sein. Es kommt deshalb nichts darauf an, ob S. für die hier in Rede stehenden Intabulate als Darlehnsschuldner haftet; Kläger bezweifelt das und beseitigt diese Behauptung jedenfalls vollständig durch das Erbieten, alle ihm dieserhalb etwa zustehenden Ansprüche gegen seine vollständige Befriedigung dem Beklagten cediren zu wollen.

---

53. Zum S. C. Velleianum. Ru. 770/1871.

Der Schlachtermeister R. zu Z., in dessen Hause der L. zur Miethe wohnte, klagte gegen die Ehefrau dieses Miethseinwohners auf Zahlung des rückständigen Zinses, indem er behauptete, mit

der Frau den Vertrag geschlossen zu haben. Diese bestritt, daß von ihr eine persönliche Verbindlichkeit übernommen sei und berief sich einredeweise auf das S. C. Velleianum, da in dem Abschlusse des Miethsvertrages eine Intercession für ihren zur Beschaffung des Obdachs verpflichteten Ehemanne liegen würde.

Der erste Richter verwarf diese Einrede und stellte den bestrittenen Klaggrund zum Beweise, und dieses in zweiter Instanz zu Gunsten der Beklagten abgeänderte Erkenntniß wurde vom Oberappellationsgericht durch Urtheil vom 17. Mai 1871 wiederhergestellt.

Gründe:

Contrahirt eine Ehefrau für häusliche Angelegenheiten, so wird sie meistens nicht persönlich verhaftet sein, sie hat dann selbstverständlich für den Ehemann contrahirt und dieser ist der Verpflichtete. Dergleichen ist hier nicht vorgeschützt, und die Beschwerde, welche Beklagte gegen das erste Erkenntniß aufstellt, hat mit dieser Frage nichts zu thun.

Miethet aber die Frau im eigenen Namen eine Wohnung, und ziehen Mann und Kinder mit hinein, so ist darin nichts von einer Intercession zu finden. Daß der Mann verpflichtet war, seiner Familie Obdach zu verschaffen, kann nicht entscheidend werden. Theils folgt daraus nicht die Verpflichtung, eine bestimmte Wohnung zu miethen, theils sorgt die Frau für sich selbst und die Ihrigen pflichtschuldigst, wenn sie wegen Zahlungsunfähigkeit des Mannes, der eine Wohnung nicht liefern kann, solche auf ihre Kosten miethet. Läßt der Mann die Verbindlichkeit, die er gegen seine Frau hat, unerfüllt und schafft sie sich nur das Nöthige herbei, so contrahirt sie in eigener Sache und intercedirt nicht. Die Bezugnahme auf das Senatus consultum Velleianum ist daher unzutreffend, vergl. l. 10 Cod. S. C. Vellei. (4, 29).

54. Haftung des Eigenthümers für den durch ein Thier angerichteten Schaden nach Lübischem und Rostocker Rechte. Anspruch des Beschädigten auf Schmerzensgeld. Sa. 1706/1871.

Bescheid vom 30. October 1871.

Die in Art. 1, III., 11 des Rostocker Stadtrechts enthaltene Bestimmung, daß der Eigenthümer eines Hausthiers, welches auf der Straße Jemanden beschädigt, keinen Ersatz zu leisten hat, wenn er sich des Thieres nicht „annimmt", ist wörtlich dem revidirten Lübischen Rechte entlehnt, steht schon in der ältesten lateinischen Redaction desselben (Hach, Cod. I., art. 64) und findet ihre Erklärung in den Grundsätzen des Sachsenspiegels über die Haftpflicht des Eigenthümers schadender Hausthiere. Der Verfasser dieses Rechtsbuchs lehrt, Landrecht II., 40, §§. 1, 2, daß der Eigenthümer unbedingt (d. h. ohne die dem älteren Deutschen Rechte unbekannte Befugniß, sich durch noxae deditio frei zu machen) haftpflichtig sei, wenn er das Thier in seine Gewere nehme, nachdem er von dem angerichteten Schaden Kunde erhalten habe, und wiederholt sodann denselben Lehrsatz in derjenigen negativen Fassung, in welcher derselbe vom Lübischen Stadtrechte aufgenommen ist. Der Eigenthümer, dessen persönliche Schuldlosigkeit vorausgesetzt wird, ist nicht verantwortlich, wenn er des Thieres sofort sich entschlägt, indem er dasselbe „weder hofet noch hauset, weder etzet noch tränket", es bleibt alsdann dem Beschädigten überlassen, sich des Thieres „zu unterwinden" für seinen Schaden. Hieraus ergiebt sich als alleinige Bedingung für die Ersatzverbindlichkeit, daß der Eigenthümer das Thier wieder in seine Obhut genommen habe. Daß das Thier derzeit noch am Leben gewesen sein müsse, wird als eine wesentliche Voraussetzung nicht aufgestellt; denn wenn es auch richtig ist, daß nur lebende Thiere geezt und getränkt werden können, so paßt doch das schon für ausreichend erklärte Hofen oder Hausen, d. h. die Aufnahme in das befriedete Besitzthum, auch auf leblose Gegenstände. Demnach kann der Eigenthümer sich nur durch sofortige vollständige

Dereliction des Thiers von der Pflicht zum Schadensersatze frei machen.

Schilter, praxis jur. Rom. exercit. 19, §. 3 seq. ad Pand. 9, 1,

Berger, oecon. jur. lib. III., Tit. 14, Thl. 3, Nr. 7,

Carpzow, Pract. Sax. rerum crimin. P. III., Qu. 131, Nr. 19, 20,

Stryk, usus mod. ad tit. IX., 1, §§. 6, 7,

Mevius, Comm. ad lib. III., art. 1, §§. 1, 3,

und dem stimmen bei

Glück, X., pag. 301, 302,

Sintenis, §. 127, Nr. 27.

Im vorliegenden Falle handelt es sich um ein Stück Schlachtvieh, welches der Beklagte lediglich zu dem Zwecke gekauft hatte und hieher führen ließ, um es zu schlachten und dann in seinem Gewerbsbetriebe zu verwerthen. Ist nun auch in seinem Auftrage oder doch mit seiner Zustimmung der den Treibern entlaufene, wüthend gewordene Stier erschossen worden, weil der Versuch, denselben wieder einzufangen, wegen der damit verbundenen Gefahr von vornherein aufgegeben wurde und die sofortige Tödtung des gefährlichen Thieres zur Vermeidung weiteren Unheils geboten schien, so hat der Beklagte es dabei doch nicht bewenden lassen: er hat das erschossene Thier wieder an sich genommen, nachträglich regelrecht abgeschlachtet und für eigene Rechnung verwerthet. Daß dies nur geschehen sei, um die Bestandtheile des Thierkörpers, welche einen Vermögenswerth haben, nicht umkommen zu lassen, daß er also nur im Interesse des Beschädigten die Occupationshandlung vornehme und daß er den Erlös aus dem Verkaufe des Fleisches **nicht** für sich behalten werde, hat er in keiner Weise zu erkennen gegeben. Es trifft daher bei ihm vollständig zu, daß er des Thieres sich angenommen hat, und er haftet mithin aus Art. 1 cit. für den vom Kläger erweislich zu machenden Schaden, wenn die demselben **sub I., 1** der **sententia a qua** zum Beweise verstellte Behauptung dargethan wird,

daß Beklagter, bevor derselbe zum geständlich geschehenen

Verkauf des Fleisches des am 16. Juli 1869 getödteten Bullen qu. geschritten, in Erfahrung gebracht habe, daß Kläger von dem Bullen beschädigt worden sei.

Die Klage ist aber auch, sofern sie auf ein dem Beklagten zur Last gelegtes Verschulden zurückgeführt wird, als **actio legis Aquiliae**

cfr. l. 1 §. 5 D. si quadrupes (9, 1),

l. 8 § 1 D. ad leg. Aquiliam (9, 2),

durch die **sub 2** der **Sententia a qua** zum Beweise verstellte Behauptung des Klägers ausreichend begründet,

daß der geständlich zur Abholung des Bullen von dem Beklagten abgeordnete Arbeitsmann St., welcher sich unbestrittenermaßen Stricke zur Fesselung des Bullen aus des Beklagten Vorrathe ausgesucht, von dem Letzteren bessere Stricke verlangt, der Beklagte aber solches verweigert habe,

und

daß die von dem ꝛc. St. ausgesuchten Stricke von schlechterer Beschaffenheit gewesen, als sie ordnungsmäßig zur Fesselung eines zu transportirenden Bullen gebraucht werden.

Es ist bekannt, daß Stiere, auch wenn sie nicht gerade besonders unbändig sind, doch leicht durch eine geringfügige Veranlassung zur Wuth sich reizen lassen, und deshalb, wenn sie auf offener Straße getrieben werden, mit Fesseln versehen zu werden pflegen, welche sowohl das Entlaufen, als den Gebrauch der Hörner verhindern. Diese Vorsichtsmaßregel ist denn auch von dem Arbeitsmann St., welcher mit dem Transporte des fraglichen Stieres von K. nach R. beauftragt war, zur Anwendung gebracht, aber die dazu benutzten Stricke sind, wie der Erfolg gelehrt hat, für diesen Zweck nicht haltbar genug gewesen, da der Stier dieselben in einem Anfalle von Wuth zerrissen hat und dadurch aus der Gewalt der Treiber gekommen ist. Die Auswahl der mitzunehmenden Stricke und deren Verwendung durfte Beklagter nun zwar dem St. überlassen, wenn dieser ihm als ein sachkundiger und zuverlässiger Mann bekannt war; aber wenn derselbe ihm ausdrücklich erklärte, auch die aus dem ganzen Vorrathe ausgesuchten besten Stricke seien immer noch zur ordnungs-

mäßigen Fesselung eines zu transportirenden Bullen zu schwach, er jedoch gleichwohl die Herbeischaffung stärkerer verweigerte, so machte er sich unzweifelhaft einer zum Schadensersatze verpflichtenden Fahrlässigkeit schuldig. Die nach den erläuternden Angaben der Replik erster und der Appellationsrechtfertigung zweiter Instanz in den Beweissatz aufgenommene Behauptung war ihrem wesentlichen Inhalte nach schon in der Klagschrift aufgestellt, indem dort bereits gesagt war, der Beklagte habe dem St. so schwache Stricke überliefert, daß dieselben einen Wuthausbruch des Bullen nicht hätten aushalten können.

Von den sämmtlich bestrittenen, im dritten Beweissatze der Sententia a qua zusammengestellten einzelnen Ansätzen der klägerischen Schadensrechnung bedarf nur der letzte sub f erwähnte einer wiederholten richterlichen Prüfung.

(Dieser Beweissatz lautet:

daß von dem Bullen, der den Kläger geständlich am 16. Juli 1869 niedergestoßen hat, dem Kläger

a) die Hose und Weste zerrissen seien und der dadurch entstandene Schade resp. 2 und 1 Thlr., oder wie viel weniger betrage;

b) daß Kläger in Folge der erhaltenen Verletzungen in's städtische Krankenhaus gebracht und dort vom 16. Juli bis 14. August 1869 incl. verblieben sei und die Curkosten 16 Thlr. 34 ßl. 6 Pf., oder wie viel weniger betragen;

c) daß ihm für diese Zeit durch die Verwendung fremder Arbeiter statt seiner eigenen sonstigen Thätigkeit in seiner Wirthschaft und durch entgangenen Arbeitsverdienst an Fuhrleistungen und Ackerarbeiten für Andere täglich ein Schade von 40 ßl. oder wie viel weniger, durchschnittlich erwachsen sei;

d) daß er ferner noch bis zum 28. August ej. a. arbeitsunfähig und ihm derselbe Schade wie ad c erwachsen sei;

e) daß er in der Zeit vom 29. August bis 18. September 1869 incl. nach ärztlicher Vorschrift nur

wenige und leichte Arbeiten habe verrichten dürfen, und daß er für die dieserhalb in seiner Wirthschaft erforderliche fremde Arbeit und für entgangenen Arbeitsverdienst an Fuhrleistungen und Ackerarbeiten täglich einen Schaden von 24 fl. oder wie viel weniger, durchschnittlich erlitten habe;

f) zur Begründung seines Anspruches auf Schmerzensgeld hat Kläger den **sub** 2 formulirten Beweis zu erbringen und außerdem darzuthun:

von welcher Beschaffenheit die ihm durch den Bullen beigebrachte Körperverletzung gewesen, insonderheit daß ihm dadurch eine große, tiefe Wunde am Schenkel verursacht sei, und wie viel Zeit zu der eigentlichen Heilung dieser Verletzung erforderlich gewesen.

Der vorige Richter hat dem Kläger, wenn er seine entsprechenden Behauptungen erweist, nicht bloß den geforderten Ersatz der angeblich erlittenen eigentlichen Vermögensbeschädigung, sondern außerdem auch den Anspruch auf ein demnächst nach Ermessen zu bestimmendes Schmerzensgeld zuerkannt, wenn er außer der dem Beklagten zur Last gelegten Fahrlässigkeit darthut, von welcher Beschaffenheit die ihm durch den Stier zugefügte Körperverletzung gewesen sei und wie viel Zeit deren Heilung erfordert habe. Die rechtliche Begründung dieses Anspruchs hängt, da nur eine Fahrlässigkeit in Frage steht, davon ab, daß die Schmerzensgeldklage, deren gemeinrechtliche Geltung, trotz der dawider von Einzelnen erhobenen theoretischen Bedenken

Glück, a. a. O. S. 388, **not.** 61,

Seitz, Untersuchung über die heutige Schmerzensgeldklage, S. 120 f.,

auf Grund einer an den Art. 20 der Peinlichen Halsgerichtsordnung sich anlehnenden constanten Praxis außer Zweifel ist, als **actio legis Aquiliae utilis** aufgefaßt wird. Daß diese Auffassung früher die herrschende gewesen und als solche auch wohl jetzt noch nicht überwunden sei, wird auch von Gegnern derselben anerkannt, welche die Klage nach Analogie der In-

jurienklage behandelt wissen wollen, mithin zu deren Begründung ein doloses Verhalten des Beklagten fordern müssen.

Windscheid, Pandecten, §. 455, not. 31 ff.

Die nahe liegenden Argumente, welche für diese Meinung angeführt werden, sind nicht von entscheidender Bedeutung. Niemand wird bestreiten, daß Geld, welches nur einen Vermögenswerth hat, und Schmerzen, welche einen solchen nicht haben, dieser ihrer Ungleichartigkeit wegen keine gegen einander meßbare Größen sind, und daß deshalb das Römische Recht, weil es diesen abstracten Satz streng durchführt, ein Schmerzensgeld nicht als Schadensersatz, sondern als Privatstrafe bezeichnen würde. Daraus folgt aber keineswegs, daß auch eine relative, arbiträre Schätzung erlittener Schmerzen nach dem Maße ihrer Empfindlichkeit und Dauer nicht durch eine positive Rechtsbestimmung zugelassen werden könnte. Auch der mit der **actio injuriarum aestimatoria** auftretende Kläger fordert im Grunde doch nur eine Vergütung für die ihm angethane Kränkung. In dem Systeme der Deutschen Rechtsbücher des Mittelalters haben die fest bestimmten Bußen, welche für Verstümmelungen und Wunden dem Verletzten zu entrichten sind, ebenso wie das den nächsten Erben eines Getödteten zu zahlende Wergeld ganz entschieden nur die Bedeutung eines, wenn auch unzureichenden und ungleichen Ersatzes für den erlittenen Verlust; denn die Zahlungspflicht trifft den Thäter auch dann, wenn er ganz schuldlos ist und deshalb straffrei bleiben muß, namentlich wenn die That in rechter Nothwehr, oder durch ein Kind, oder durch ein Hausthier, dessen der Eigenthümer sich annimmt, geschehen ist.

Sachsenspiegel, Landrecht II., 14, §. 1, 65, §. 1, 40, §. 1.

Nach heutigem Rechte hat nicht bloß die Strafe, sondern auch der Anspruch auf Schadensersatz wegen Körperverletzung ein persönliches, mindestens auf Fahrlässigkeit zurückzuführendes Verschulden zur Voraussetzung, und so stellt sich denn die Klage auf ein Schmerzensgeld, welches die herrschende Ansicht als eine Art von Schadensersatz auffaßt, als eine auf Grund Deutscher Rechtsanschauung erweiterte **actio legis Aquiliae** dar. Uebrigens

wird auch von Seitz a. a. O., Seite 207 ff., anerkannt, daß die Schmerzensgeldklage, welche dieser Schriftsteller für eine besondere, selbständige Poenalklage erklärt, auch wegen bloß culposer Körperverletzungen zulässig sei.

---

55. Actio legis Aquiliae. Ru. 756/1870.

Der Büdner R. machte den Müller T. für den Tod einer Kuh verantwortlich und forderte Ersatz des Sachwerthes, indem er behauptete, das Thier sei an dem Genusse eines Trankes verendet, den der Beklagte als Heilmittel gegen eine bestimmte Krankheit angerathen habe. Schon früher habe der Beklagte ihm thierärztlichen Rath ertheilt, bald gegen Entgelt, bald umsonst und mit wechselndem Erfolge: im vorliegenden Falle habe derselbe sich 2 ßl. zahlen lassen. Die Mixtur, bestehend in einer wässerigen Lösung bestimmter Gewichtstheile von Salpeter und Campher sei genau nach der Angabe des Beklagten angefertigt und angewendet auf die ausdrückliche Versicherung hin, daß das Mittel, wenn es nicht helfen sollte, mindestens unschädlich sei. Der erste Richter hatte auf die so begründete Klage Verhandlung eingeleitet und dem Kläger sodann den Beweis streitig gebliebener Thatsachen auferlegt, in zweiter Instanz erfolgte indessen eine Abweisung angebrachter Maßen, welche das Oberappellationsgericht durch Bescheid vom 21. Juli 1870 bestätigte.

Gründe:

Wird auch für die erweiterte Anwendung der Aquilischen Schadensklage eine unmittelbare Einwirkung Desjenigen, welcher als Urheber des eingetretenen Schadens angesehen werden kann, auf die geschädigte Sache nicht gefordert, so

setzt diese Klage auch in ihrer weitesten Ausdehnung doch immer noch nothwendig voraus, daß diejenige Thatsache, welche den betreffenden Schaden ursächlich hervorgerufen hat, von Demjenigen selbst, der dieserhalb in Anspruch genommen werden soll, gewollt ist, da nur unter dieser Voraussetzung der eingetretene Schade in solcher Weise auf Rechnung seines Handelns gesetzt werden kann, daß er dieserhalb zur Verantwortung gezogen werden darf. Der bloße Rath als solcher ist aber kein Willensact, sondern kann nur möglicher Weise für den Rathsuchenden der Beweggrund werden, wodurch er, ohne daß dadurch die Freiheit seines Entschlusses irgend gebunden wäre, sein eigenes Wollen in einer gewissen Richtung bestimmt. Eben deshalb erzeugt der ertheilte Rath für sich allein, ohne Hinzutritt anderweitiger Umstände, welche hiezu ihrer besonderen Beschaffenheit nach geeignet sind, keinerlei obligatorische Wirkungen, und kann aus dem gleichen Grunde auch die Ansicht Derjenigen nicht gutgeheißen werden, welche, wie z. B. Sintenis, gemeines Civilrecht, §. 113, Note 16, und die dort angeführten Schriftsteller, den Rathgebenden wenigstens dann für die nachtheiligen Wirkungen der Befolgung des gegebenen Rathes verantwortlich machen wollen, wenn der Berathene außerdem nicht so, wie geschehen, gehandelt haben würde, wie denn dieselbe in den Quellen unseres gemeinen Rechts auch keine ausreichende Unterstützung findet. Denn wird gleich in der l. 2 §. 6 D. **mandati** (17, 1) und dem §. 6 J. eod. (3, 26) das sogenannte **mandatum tua gratia**, dasjenige Geheiß, welches zunächst nur die eigenen Angelegenheiten Desjenigen betrifft, dem etwas geheißen wird, mit dem bloßen Rathe verglichen, so doch keineswegs mit demselben identificirt, und bleibt zwischen beiden doch immer der Unterschied bestehen, daß der Rath als solcher nicht, wie das Mandat oder Geheiß, einen imperativen Charakter hat. Uebrigens erzeugt auch ein Mandat dieser Art selbst richtiger Ansicht nach nur dann eine Verbindlichkeit des Mandanten, wenn dieser zugleich die Gewähr für die Folgen der von ihm geheißenen Handlung übernimmt und dadurch die an sich ihm

fremde Angelegenheit in gewissem Sinne zu seiner eigenen macht, wie insbesondere die Vergleichung des Schlusses des §. 6 J. cit. mit der dadurch näher bestimmten Aeußerung der l. 6 §. 5 D. mandati (17, 1) zeigt. Vergl. auch Windscheid, Pandecten, §. 412, Note 21. Selbst wenn man den bloßen Rath, welcher, für sich allein betrachtet, die Absicht der Uebernahme einer Garantie für seine Folgen nie erkennen läßt, jener Art des Mandats völlig gleich achten wollte, würde sich daher aus dieser Gleichstellung beider die vorhin erwähnte Folgerung nicht ableiten lassen.

Ebenso kann aber endlich auch die Ansicht Derjenigen nicht ohne Weiteres gutgeheißen werden, welche durch den ertheilten Rath alsdann immer eine Verantwortlichkeit des Rathgebers entstehen lassen wollen, wenn derselbe bei einem wirklichen oder vermeintlichen Sachverständigen gesucht ist. Vielmehr kommt es auch hier immer auf die wirkliche und äußerlich hervortretende Absicht der Betheiligten und insbesondere darauf an, ob dem Consultirten durch das an ihn gestellte Gesuch die Besorgung der betreffenden Angelegenheit in selbständiger Weise übertragen werden sollte und er seinerseits einen solchen Antrag angenommen hat, also in dieser Beziehung ein Vertrag beabsichtigt und zu Stande gekommen ist.

Dies wird nun allerdings in der Regel alsdann angenommen werden müssen, wenn der um Rath Angegangene aus derartigen Besorgungen ein eigenes Gewerbe macht, wie z. B. der Arzt, der in Krankheitsfällen consultirt wird, schon durch Ertheilung des bei ihm gesuchten Rathes die ihm angetragene Cur übernimmt. Eine solche Stellung nimmt indessen der Beklagte nicht ein. Denn hat er auch immerhin häufiger den Anfragenden Mittel zur Heilung erkrankten Viehes angegeben und sogar sich dafür honoriren lassen, so liegt doch nicht vor, daß er dabei über die Ertheilung bloßen Raths hinausgegangen ist und sich in irgend einem Sinne durch förmliche Uebernahme ihm angetragener Curen als Thierarzt gerirt hat, und betrachtet man nun vollends den Hergang der hier in Frage stehenden Consultation selbst näher, wie solcher nach des

Klägers eigener Darstellung sich zugetragen hat, so kann der Ansicht der **Sententia a qua** nicht beigestimmt werden, daß durch die bezügliche Verhandlung ein Vertrag zu Stande gekommen sei, durch welchen Beklagter die Cur der erkrankten Kuh des Klägers übernahm. Vielmehr beschränkte derselbe sich gegenüber der Anfrage des Klägers, ob er nicht ein Mittel gegen die ihm bezeichnete Krankheit wisse, auf die bloße Angabe eines solchen, und trat dabei in keiner Weise aus der Stellung eines bloßen Rathgebers heraus. Ist daher der Kläger durch die Befolgung des ihm ertheilten Raths, wegen dessen dem Beklagten der Vorwurf einer böslichen Absicht überall nicht gemacht wird, wirklich zu Schaden gekommen, so hat er sich die Schuld hievon um so mehr selbst beizumessen, als er den Beklagten als bloßen Laien kannte und keine zuverlässige Einsicht in Dasjenige bei ihm voraussetzen durfte, wegen dessen er ihn um Rath anging.

---

56. Interdictum quod vi aut clam, verbunden mit der negatoria in rem actio.

Ko. 1388/1871.

Der Kaufmann C. in D. hatte mit polizeilicher Erlaubniß eine unterirdische Röhrenleitung zur Abführung des Grundwassers angelegt, welche aus seinem Hauskeller bis zur Mitte der Straße führte und, sodann im rechten Winkel unter dem Straßendamme verlaufend, in ein bereits vorhandenes Siel (eine quer durch die Straße gelegte, mit Bohlen bedeckte Rinne) mündete. Das in diesem Siel sich sammelnde Wasser wird zunächst von einer offenen Rinne aufgenommen, welche mehrere Privatgrundstücke durchschneidet und in ihrem unteren Ende wieder mit anderen öffent-

lichen Wasserwegen in Verbindung steht. Die Eigenthümer dieser Grundstücke klagten nun gegen C. auf Beseitigung seiner neuen Anlage, und zwar in erster Linie mittels des **interdictum quod vi aut clam**. Als nämlich C. das Straßenpflaster aufreißen ließ, um die Röhren zu legen, hatte Einer der drei Kläger den dabei beschäftigten Arbeitern gegenüber Einspruch erhoben und später hatten sie sämmtlich dem C. persönlich die Fortsetzung des Werkes verboten. Daneben machten sie noch geltend, daß C. schon vor Jahren seine jetzt zu Stande gebrachte Anlage projectirt habe, davon aber auf ihren Widerspruch abgestanden sei. Eventuell verbanden sie mit dieser Klage die **negatoria in rem actio**, indem sie behaupteten, die fragliche Rinne bilde einen integrirenden Bestandtheil ihrer Grundstücke, und es liege mithin schon darin eine Eigenthumsverletzung, daß Beklagter dieser Rinne durch eine Privatanlage Wasser zuführe, da dieselbe nur dazu bestimmt sei, das aus den öffentlichen Straßenrinnsteinen in dem Siel zusammenlaufende Wasser aufzunehmen. Ueberdies würde aber auch durch die Anlage des Beklagten der Zufluß so wesentlich verstärkt, daß die ohnehin defecte Rinne nicht mehr ausreiche und Ueberschwemmungen, sowie Beschädigungen der Gebäudefundamente unausbleiblich seien.

Das Oberappellationsgericht bestätigte durch Urtheil vom 23. October 1871 eine zweitinstanzliche Entscheidung, welche die Interdictenklage abgewiesen, zur Begründung der Negatorienklage aber den Beweis gefordert hatte, daß der vermehrte Wasserzufluß auf die Grundstücke der Kläger, abgesehen von der fragl. Rinne in der angegebenen Art schadend einwirke.

Entscheidungsgründe:

1) Die vom ersten Richter ausführlich erörterte Frage, ob das **interdictum quod vi aut clam**, mit welchem die Kläger in erster Linie die Beseitigung der streitigen Anlage erstreben, an und für sich begründet sei, bedarf keiner wiederholten erschöpfenden Prüfung, wenn sich ergiebt, daß dem Beklagten dawider eine wirksame und liquide Einrede zur Seite steht. Es handelt sich um eine vom Beklagten an-

gelegte unterirdische Röhrenleitung, welche, in seinem Hauskeller beginnend, unter dem Damm der Mühlenstraße bis an ein dort befindliches Siel fortgeführt ist und den Zweck hat, das in dem Keller sich sammelnde Quellwasser in das Siel zu leiten, von wo es sodann zunächst in eine, die Grundstücke der Kläger durchschneidende, offene Rinne und weiter durch ein Siel der Hinterstraße in den Chausseegraben abfließt. Zu dieser Anlage hatte der Beklagte die polizeiliche Erlaubniß eingeholt, ehe er an die Ausführung ging, insbesondere ehe er zum Zwecke der Röhrenlegung das Straßenpflaster aufreißen ließ und die Mitklägerin K. gegen diese Vorarbeit den dabei in Abwesenheit des Beklagten beschäftigten Werkleuten ihren Widerspruch in Form einer operis novi nunciatio zu erkennen gab. Nach ihrer, freilich bestrittenen, Behauptung haben sich dann noch an demselben Tage die drei Kläger (die K. vertreten durch ihren Ehemann) zum Beklagten begeben und ihm selbst die Fortsetzung seines Unternehmens verboten. Schon jener Einspruch war ebenso, wie das angeblich später erlassene Privatverbot unverkennbar durch die den klägerischen Grundstücken drohende Wasserimmission motivirt, es fehlte daher weder dieser, eventuell noch zu beweisenden Prohibition an einem rechtlich construirbaren Interesse, noch der voraufgegangenen Nunciation an einem nach Vollendung des Werks mit der actio negatoria verfolgbaren jus prohibendi. Auch gegen ein opus in publico faciendum dient nicht bloß die Prohibition, sondern ebensowohl die Nunciation nach dem klaren Wortlaute der l. 1 §. 17 h. t. (39, 1) zum Schutze bedrohter Privatinteressen. Letztere ist also in diesem Falle keineswegs, wie Stölzel (die Lehre von der operis novi nunciatio, S. 471) anzunehmen scheint, nur publici juris tuendi gratia gestattet. Durfte nun hienach der Beklagte schon den K.'schen Einspruch ebensowenig, wie das nachherige Verbot aller drei Kläger unbeachtet lassen, ohne sich dem interdictum quod vi auszusetzen, welches nach l. 7 §. 2 h. t. (43, 24) mit dem ex operis novi nunciatione gegebenen electiv concurrirt, so beruft sich derselbe dagegen doch

mit Erfolg auf die ihm ertheilte obrigkeitliche Erlaubniß, welche seinem Werke zunächst, soweit dasselbe unter der öffentlichen Straße angelegt ist, den Charakter eines **opus vi factum** nimmt.

2) Die hier entscheidende l. 3 §. 4 h. t. schließt sich unmittelbar an den voraufgehenden Satz, daß Derjenige, welcher gegen Verbot ein Grundstück verändert, das Interdict mit der Einrede beseitigen kann, der Prohibent habe selbst oder durch einen legitimirten Vertreter die Anlage genehmigt. Ein **opus in publico factum** ist durch diese Einrede geschützt, wenn dasselbe obrigkeitlich genehmigt ist. Dazu ist indessen die ersuchte Behörde nicht schon deshalb competent, weil der betreffende **locus publicus** unter ihrer Obhut steht, sie muß nach geltendem Staatsrechte die Befugniß haben, einer Privatperson die in Rede stehende Anlage zu gestatten. Im vorliegenden Falle hat sich der Beklagte an den Beamten gewendet, welcher in D. die obrigkeitlichen Rechte der Gutsherrschaft, also das Patrimonialgericht nnd die Ortspolizei, verwaltet, daneben aber auch dirigirendes Mitglied des die Gemeinde vertretenden Ortsvorstandes ist. Es mag nun richtig sein, daß, wie Kläger behaupten, die Straßen des Fleckens D., insbesondere die Mühlenstraße, zu den Gemeindeanstalten gehören, deren Verwaltung und Beaufsichtigung nach §. 16 **lit. K.** des Ortsstatuts dem Ortsvorstande zusteht, allein auch unter dieser Voraussetzung kann nicht zugegeben werden, daß der Beklagte sein Gesuch an unrechter Stelle angebracht habe. Wenn jede in oder unter den Straßen herzustellende Privatanlage der Zustimmung des Ortsvorstands bedarf, so steht doch zugleich auch der Ortspolizei von ihrem Standpunkte aus eine Prüfung des Unternehmens zu, um eventuell dagegen einzuschreiten, wenn dasselbe durch Hemmung des Verkehrs, Gefährdung von Leben und Gesundheit der Einwohner und Passanten oder aus anderen Gründen gemeinschädlich zu wirken geeignet ist. Der Beklagte hat freilich die Erlaubniß zu der von ihm projectirten Wasserleitung nur vom Polizeiverwalter erbeten, allein da das Gesuch zwar aus Rücksicht auf

die polizeilichen Interessen unter Vorbehalt des Widerrufs und unter Bedingungen, im Uebrigen aber ohne Hinweis auf eine noch einzuholende Genehmigung des Ortsvorstandes, bewilligt wurde, so durfte der Beklagte unbedenklich **bona fide** voraussetzen, daß der Polizeiverwalter in seiner Eigenschaft als Dirigent der Gemeindebehörde nichts zu erinnern habe und der Zustimmung der übrigen Mitglieder sicher sei. Ueberdies ist der gesammte Ortsvorstand später nach Vollendung des Werkes amtlich veranlaßt worden, sich über dessen polizeiliche Zulässigkeit gutachtlich zu äußern und hat zu diesem Zwecke eine Localinspection vorgenommen, also von der Anlage officielle Kenntniß erhalten, ohne doch als Vertreter der Gemeinde dieselbe zu reprobiren. Damit ist die Legung der Röhren unter dem Straßendamme von der zuständigen Behörde jedenfalls stillschweigend ratihabirt. Die zur Begründung der Einrede gegen das Interdict erforderliche Genehmigung ist an eine bestimmte Form, insbesondere an die einer ausdrücklichen Willenserklärung, nicht gebunden und kann nachträglich mit voller Wirkung ertheilt werden, wie auch das gegen ein **opus in privato** gerichtete Verbot durch die erlangte Zustimmung des Prohibenten, mag diese der Prohibition voraufgegangen oder nachgefolgt sein, entkräftet wird.

3) Allerdings würden die Kläger ihren Zweck schon dann vollständig erreichen, wenn sie mit dem Interdicte auch nur die Zerstörung des Theils der Röhrenleitung durchsetzten, welcher unter dem Grundstücke des Beklagten liegt; allein dazu fehlt die unerläßliche Klagbehauptung, daß und wie weit dieser Theil der Anlage noch unvollendet gewesen sei, als die K. gegen das Aufreißen des Straßenpflasters Einspruch that und alle Kläger demnächst das ganze Unternehmen verboten. Ohnehin war jener Einspruch thatsächlich und erkennbar nur gegen die unter der Straße intendirte Anlage gerichtet, während das spätere Verbot, wenn es den auf des Beklagten eigenem Grundstücke befindlichen Theil derselben mitergreifen sollte, insoweit durch ein liquides **interdictum uti possidetis** sofort zu beseitigen war, weshalb dem Beklagten jetzt eine liquide

exceptio doli gegen das Interdict in demselben Umfange zustehen würde.

4) Dieselben Einreden stehen auch dem interdictum quod clam entgegen, welches die Kläger darauf gründen, daß der Beklagte schon vor Jahren eine der jetzt ausgeführten Anlage gleichartige beabsichtigt, aber auf Widerspruch der K. davon Abstand genommen, mithin auch jetzt Widerspruch zu erwarten gehabt habe. Damals hatte der derzeitige Justitiar nach Angabe der Kläger die Ausführung des Plans geradezu untersagt, nach der Behauptung des Beklagten nur widerrathen und eine andere Ableitung des Kellerwassers vermittelt; jedenfalls fehlte dem Beklagten damals die obrigkeitliche Concession, nach deren nunmehriger Erwirkung er einen erneuten Widerspruch nicht zu fürchten hatte.

5) Die eventuell erhobene Negatorienklage ist in der Beschränkung, welche sich aus den zum Beweise verstellten Thatsachen ergiebt, mit Recht als ausreichend begründet anerkannt. Die offene Rinne, welche das in dem Siele der Mühlenstraße sich sammelnde Wasser aufnimmt, durchschneidet oder berührt Grundstücke, welche unstreitig im Eigenthume der einzelnen Kläger stehen, weshalb von einer Angabe der Erwerbstitel abgesehen werden konnte. Unzweifelhaft liegt ein servitutartiger Eingriff in das Eigenthum vor, welcher durch die polizeiliche Concession nicht ohne Weiteres gedeckt wird, wenn der Beklagte den klägerischen Grundstücken durch seine Röhrenleitung Wasser zuführt, welches ohne diese künstliche Vorrichtung nicht dahin gelangen würde. Auch die weiter gehende Behauptung der Kläger, daß sie Eigenthümer der Rinne selbst seien, ist durchaus verständlich. Sie bezeichnen das Bett der Rinne als integrirenden Bestandtheil ihrer Grundstücke, beziehen sich also gar nicht auf einen selbständigen Erwerb und behaupten nicht etwa ein Miteigenthum zu nicht näher angegebenen Theilen, vielmehr nimmt Jeder von ihnen das Sondereigenthum an dem Theile in Anspruch, welcher im Bereiche seines Grundstücks liegt. Die Relevanz dieser eventuell noch zu beweisenden Klagthatsache würde nicht zu verkennen

sein, wenn die Kläger nicht zugäben, daß ihre Rinne wenigstens insofern zu den öffentlichen Wasserwegen des Orts gehöre, als sie dazu bestimmt sei, das aus den Straßenrinnsteinen in dem Siele zusammenlaufende Wasser weiter zu führen. Damit erkennen sie nämlich an, daß ihre Rinne zu dem ganzen Systeme öffentlicher Abzugskanäle gehöre, und wenn sie daneben behaupten, diese dem öffentlichen Nutzen dienenden Anlagen seien nur dazu vorhanden, außer dem Regenwasser das in den Haushaltungen verbrauchte und das bei Benutzung der Pumpen verloren gehende Wasser wegzuschaffen, nicht aber auch unterirdische Quellen abzuleiten, so beziehen sie sich auf eine polizeiliche Vorschrift, deren Uebertretung keine Rechtsverletzung, sondern eine Polizei-Contravention sein würde, und einer solchen macht sich entschieden der nicht schuldig, der eine ausdrückliche polizeiliche Erlaubniß für sich hat.

6) Demnach beschweren sich die Kläger ohne Grund darüber, daß das angefochtene Urtheil in dem aufgestellten Beweissatze von der Rinne ganz absieht und die vom Beklagten bewirkte Wasserimmission nur so weit in Betracht zieht, als die klägerischen Grundstücke in ihren übrigen unbestrittenen Bestandtheilen davon betroffen werden. Dabei kommt dann weiter in Erwägung, daß die Kläger es dulden müssen, wenigstens dem Beklagten nicht zum Vorwurfe machen können, wenn das Wasser, zu dessen Aufnahme sie sich selbst schuldig bekennen, wegen der schlechten Beschaffenheit der nicht überall ordnungsmäßig abgedämmten Rinne in den Boden einzieht oder zur Seite durchdringt und die angrenzenden Theile ihrer Grundstücke durchfeuchtet oder überstaut. Unter diesen Umständen fragt es sich nur noch, ob diese Uebelstände durch den Hinzutritt des aus den Röhren des Beklagten abfließenden Wassers in beachtlicher Weise vermehrt oder sogar zum Theil erst herbeigeführt werden, da sonst der Intention der Kläger das factische Interesse, ohne welches die Negatorienklage gegenstandslos ist, fehlen würde. Zur Erbringung des ihnen hienach obliegenden, in der sententia a qua richtig formulirten Beweises können sie insbesondere auf ihre Behauptung zurück-

kommen, daß die im Winter eingetretene Vereisung der Rinne ganz wesentlich durch die Anlage des Beklagten bedingt worden sei, da das in den offenen Straßenrinnen vorhandene Wasser schon gefriere, ehe es zu ihnen gelange, während das Röhrenwasser bei der höheren Temperatur unter der Erde sich flüssig erhalte und erst auf ihren Grundstücken sich in Eis verwandle.

7) Von den Beschwerden des Beklagten hat sich die principale, daß die Negatorienklage nicht, wie im ersten Urtheile geschehen war, angebrachter Maßen abgewiesen ist, bereits als unbegründet erwiesen. Es ist aber auch keine rechtliche Veranlassung vorhanden, auf Grund der eventuellen Beschwerde dem Beweissatze einen beschränkenden Zusatz zu geben oder einen Einredebeweis freizulassen. Ob die Kläger die fragliche Rinne im Stande zu halten und zur Winterzeit aufzueisen haben, steht dahin; jedenfalls liegt ihnen diese Verpflichtung dem Beklagten gegenüber und mit Rücksicht auf eine von diesem bewirkte, an sich rechtsverletzende Wasserimmission nicht ob. Sie sind dem Beklagten gegenüber vollkommen berechtigt, ihrer Beweisführung den actuellen Zustand der Rinne zu Grunde zu legen, ohne auf die im gegenwärtigen Rechtsstreite gar nicht zu erledigende Frage sich einzulassen, ob sie nicht etwa von der Ortsbehörde zur Refection der Rinne angehalten werden könnten, am wenigsten brauchen sie sich gefallen zu lassen, daß der Beklagte ihnen die den Adjacenten der öffentlichen Rinnsale in D. etwa nach Gesetz oder Herkommen obliegende Pflicht der Reinigung und Enteisung durch eine auf privatrechtlichem Titel nicht beruhende, das Eigenthum verletzende Wasserzuführung erschwere.

---

57. L. 1, §. 8 D. de fluminibus (43. 12).
Si. 1670/1870.

Der für diesen Rechtsfall in Betracht kommende Thatbestand ergiebt sich aus den nachfolgenden Entscheidungsgründen zu dem Urtheile vom 25. Januar 1872. Der erste Richter hatte den Beklagten, Erbpächter Si. von der Hufe Nr. II. zu D., unbedingt verurtheilt, dem Kläger, Erbpächter St. von der Hufe Nr. I. daselbst, die demselben abgepfändeten Objecte herauszugeben, während in zweiter Instanz dem Beklagten der Einredebeweis vorbehalten war:

> daß der Beklagte, als er sich derselben bemächtigte, auf dem zu seiner Hufe gehörenden Antheile des Canals gefahren sei.

Das Oberappellationsgericht stellte das erste Erkenntniß wieder her.

Gründe:

1) Als der Bootsfahrer B., dessen Fahrzeug vom Kläger mit 2 Last Kalk in 48 Säcken befrachtet war, am 20. October 1869 den erweiterten schiffbaren Scheidengraben passirte, welcher die Hufe des Beklagten Nr. II. zu D. von der des Hauswirths Su. Nr. III. daselbst trennt, hat Beklagter unter Beihülfe mehrerer Personen das Boot an sein Ufer gezogen und an eine Kette gelegt, die dem Kläger gehörende Ladung aber zu Wagen auf seinen Hof bringen lassen. Diese unbestrittene Thatsache genügte zweifellos zur Begründung der auf Herausgabe der eigenmächtig weggenommenen Sachen gerichteten Klage; es bedurfte dazu nicht außerdem noch der Darlegung, daß und auf welchen Rechtstitel hin der Kläger berechtigt sei oder im juristischen Besitze des Rechts sich befinde, den fraglichen Graben als Wasserweg zu benutzen. Der Kläger hatte die Regel für sich, daß im Allgemeinen jede in der Form eines Angriffs verübte Eigenmacht unstatthaft sei und zum Schadensersatze verpflichte, und nur unter besonderen Voraussetzungen, die im Streitfalle von Dem, der sich darauf zur Rechtfertigung seiner eigenmächtigen Handlung

beruft, bewiesen werden müssen, als eine erlaubte Selbsthülfe sich darstelle. Demnach war es Aufgabe des Beklagten, das von ihm in Anspruch genommene Pfändungsrecht als eine wahre Einrede thatsächlich zu begründen, während dem Kläger durch das, was er dagegen schon im Voraus geltend gemacht hatte, die Vorschützung weiterer und anderer Repliken nicht abgeschnitten war.

2) Die formalen gesetzlichen Bedingungen der Ausübung einer an sich zuständigen Pfändung hat der Beklagte erfüllt, da er unbestrittener Maßen dem Kläger die demselben bis dahin angeblich aus reiner Gefälligkeit gestattete Benutzung des Grabens zum Transporte von Gutsproducten kurz vor dem 20. Oktober 1869 unter Androhung einer Pfändung für den Uebertretungsfall ausdrücklich untersagt hatte. Die Befugniß zu solchem Verbote leitet er aus der Behauptung her, daß das Befahren des Wassergrabens, wenigstens unter der im vorigen Urtheile ihm zum Beweise gestellten Voraussetzung, einen Eingriff in sein Eigenthum am Grund und Boden enthalte, mithin eine erlaubte Pfändung zum Schutze des Besitzes vorliege. Durch diese Begründung der vorgeschützten Pfändungseinrede sind die Parteien zu ausführlichen Erörterungen der Frage veranlaßt worden, ob jener Graben nach seiner Beschaffenheit oder in Folge früherer actenmäßigen Vorgänge als ein öffentlicher, mindestens allen Mitgliedern der Dorfgemeinde zu D., mithin auch dem Kläger als Besitzer der Hufe Nr. I., offen stehender Wasserweg zu betrachten sei, eventuell ob der Kläger auf Grund der früheren ungestörten Benutzung sich im Interdictenbesitze eines entsprechenden Servitutsrechtes befunden habe, als das Verbot an ihn erging und die Pfändung erfolgte. Es ist indessen für die Entscheidung des gegenwärtigen Rechtsstreites nicht erforderlich, diese Streitfragen auf's Neue in Erwägung zu ziehen, da auch dann, wenn dieselben in Uebereinstimmung mit dem vorigen Urtheile verneint, also im Sinne des Beklagten beantwortet werden, die zur Beurtheilung stehende Einrede gleichwohl als unbegründet sich ausweist.

3) Es steht fest, daß der Scheidegraben der Hufen II. und III. zu Anfang der vierziger Jahre dieses Jahrhunderts auf Anregung des damaligen Besitzers der Hufe Nr. II., Erbpächters E., der dabei zunächst sein eigenes Privatinteresse vor Augen hatte, indem er die Ausbeutung eines Torfmoors bezweckte, durch Erweiterung für Boote fahrbar gemacht ist, daß sodann an dieses Unternehmen sich der, namentlich auch von der Grundherrschaft gebilligte Plan, diesen schiffbaren Canal bis zur Landstraße zu verlängern und damit dem Gemeingebrauche aller Dorfbewohner zu öffnen, geknüpft hat, bisher jedoch unausgeführt geblieben ist. In seiner jetzigen Gestalt steht der Graben zwar an einem Ende mit den Buchten des Breitlings in Verbindung und füllt sich von dorther mit Wasser, landeinwärts dagegen verläuft derselbe zwischen den angrenzenden Wiesen der beiden genannten Hufen und ist nur von diesen aus zugänglich. So bildet denn dieser Graben freilich keine **fossa, per quam fluit flumen publicum.** Das in denselben eintretende Wasser ist kein durchfließendes, bildet keinen selbständigen Strom, sondern bleibt von seinem Ursprunge abhängig, indem seine Bewegung kein eigentliches Fließen, sondern nur ein durch den Wasserstand des Breitlings bedingtes Steigen und Fallen ist. Demnach trifft die **l. 1, §. 8 D. de flum.** (43, 12) den vorliegenden Fall allerdings nicht. Daraus allein folgt freilich keineswegs, daß die in dem Graben sich sammelnde **aqua publica** gleich dem Wasser eines geschlossenen Teiches in das Eigenthum dessen übergehe, dem der überschwemmte Grund und Boden gehört. Es giebt keinen Rechtssatz, nach welchem eine so rein äußerliche unorganische Verbindung einer heterogenen Sache mit einem Grundstücke einen Eigenthumsübergang vermitteln könnte. So lange das übergetretene Wasser mit dem öffentlichen Flusse in offner Verbindung bleibt und der Eigenthümer des damit bedeckten Grundstücks keine Veranstaltung trifft, dasselbe abzusperren, fehlt jede für den Eigenthumserwerb unerläßliche Bethätigung des Aneignungswillens durch Besitzergreifung. Demgemäß hat denn auch der Beklagte selbst

ausdrücklich erklärt, daß er das Eigenthum am Wasser gar nicht in Anspruch nehme, und es muß anerkannt werden, daß damit allein die von ihm ausgeübte Pfändung sich noch nicht ohne Weiteres als ungerechtfertigt darstellt. Wenn der Eigenthümer eines an ein öffentliches Gewässer grenzenden Grundstücks sich zu seinem Privatgebrauche erlaubter Weise einen fahrbaren Canal auf seinem eigenen Grund und Boden anlegt, so ist er ohne Zweifel befugt, anderen Personen die Mitbenutzung durch geeignete Maßregeln, z. B. durch Vorlegung eines verschlossenen Schlagbaums, unmöglich zu machen, ohne daß er zur Erreichung dieses Zweckes nöthig hat, die Wasserverbindung selbst, wie das etwa durch Anbringung einer Schleuße geschehen würde, aufzuheben, um das zur Zeit im Canal befindliche Wasser abzusperren und einzufangen. In der Consequenz dieser unleugbaren Befugniß liegt es aber, daß auch ein bloßes Verbot der Mitbenutzung genügen muß, mit einem Worte, daß Niemand gegen den Willen des Grundeigenthümers sich einer solchen Anlage bedienen darf. Für den vorliegenden Fall kommt indessen dagegen ganz wesentlich in Betracht, daß der fragliche Canal nicht ausschließlich in seiner ganzen Breite der Hufe des Beklagten angehört, sondern zum Theil auf dem Gebiete der gegenüberliegenden Hufe sich befindet, wenn auch die Grenze nicht gerade durch die den beiden Ufern parallel gehende Mittellinie gebildet wird. Es handelt sich also um einen von den Besitzern der beiden Hufen, und zwar unbestrittener Maßen mit Genehmigung der Grundherrschaft, zu gemeinsamem Gebrauche hergestellten Wasserweg, bei dessen Anlegung die Willensmeinung der Erbauer zweifellos gewesen ist, daß Beiden der Canal in seiner ganzen Breite offen stehen, nicht aber, daß Jeder nur auf seiner Seite mit genauer Einhaltung der Hufengrenze fahren sollte. Ob sie sich in diesem Betreff gegenseitig ein festes Recht eingeräumt haben, oder ob der Beklagte befugt sein würde, einseitig zu verlangen, daß der Canal bis auf die Dimensionen des alten Grenzgrabens wieder zugeschüttet werde, kann dahin gestellt bleiben. So viel ist gewiß, und scheint

auch von ihm selbst nicht verkannt zu werden, daß er den Canal, so lange derselbe in seiner jetzigen Gestalt besteht, dem Inhaber der Hufe Nr. III. auch nicht zum Theil versperren darf, und die entscheidende Frage ist daher lediglich die, ob der Kläger, welcher mit Su.'s Erlaubniß, ohne die Hufe des Beklagten zu betreten, den Canal befahren hat, dadurch gegen einen rechtlich wirksamen Einspruch des Beklagten gedeckt war, also ob Jeder der beiden Interessenten die ihm selbst zustehende Mitbenutzung des Canals auch dritten Personen gestatten darf. Diese Frage ist aber, da der Canal eben nur zum Zwecke, als Wasserweg zu dienen, angelegt ist und daher Keiner der Betheiligten gegen den Anderen die sonst für Rechtsgemeinschaften geltende Regel **melior est conditio prohibentis** geltend machen kann, unbedenklich zu bejahen, wenn von solcher Gestattung kein Mißbrauch gemacht wird, insbesondere also, wenn der andere Interessent seinerseits an der eigenen Benutzung nicht gehindert wird, seinem Grundstücke kein Schade geschieht und er ebensowenig in der Ausbeutung seines Grundeigenthums dadurch beeinträchtigt oder belästigt wird. Daß das Befahren des Canals durch vom Kläger befrachtete Boote solche Folgen gehabt habe oder befürchten lasse, hat Beklagter nicht behauptet und ist um so weniger anzunehmen, als er selbst bisher zahlreichen anderen Personen seiner eigenen Angabe nach auf deren Ersuchen die Benutzung des Canals gestattet hat und dieselbe Erlaubniß dem Kläger, ebenso wie er es dessen Vorbesitzer gegenüber gethan hat, ertheilt haben würde, wenn derselbe ihn darum gebeten hätte. Ein materielles Vermögensinteresse ist also für den durch Pfändung bethätigten Einspruch nicht dargelegt, ebensowenig ist aber auch die Befürchtung gegründet, daß der Kläger, wenn er fortfährt, den Graben von der Su.'schen Hufe aus als Wasserweg zu benutzen, damit auch für den Antheil des Beklagten eine Wegegerechtigkeit gewinnen könnte, da, wie bereits in den Entscheidungsgründen zu dem hiesigen Querelbescheide vom 30. Juni 1870 hervorgehoben ist, schon rücksichtlich der dem Verbote voraufgegangenen Besitzhand-

lungen aus des Klägers eigenem Vorbringen nicht zu entnehmen ist, daß denselben die Bedeutung einer Privatrechtsausübung zukomme, durch das Verbot aber die seitdem fortgesetzte Benutzung ungeeignet gemacht ist, zur Ersitzung eines Servitutrechts zu führen.

4) Hiernach war nunmehr der erstinstanzliche Bescheid, wiewohl aus anderen Gründen, als demselben untergelegt sind, in der Hauptsache wiederherzustellen.

Durch den erwähnten Querelbescheid wurde ein Zwischenstreit erledigt. Der Kläger hatte verlangt, bis zur Entscheidung des Hauptstreits in dem Besitze des bisher geübten Rechts der Benutzung des Canals zum Transporte seiner Gutsproducte geschützt zu werden, wurde aber mit dieser Imploration abgewiesen.

Gründe:

Denn die vom Kläger gegen die processualische Zuläßigkeit des Rechtsmittels angeregten Bedenken sind als begründet nicht anzuerkennen, vielmehr ist der Werth des Hauptstreitobjects auch für das vorliegende Provisorium schon deshalb maßgebend, weil von dessen Entscheidung die Vertheilung der Parteirollen in dem künftigen Hauptrechtsstreite abhängt. Im Uebrigen ist es zwar streitlos, daß der Kläger, seit er die Erbpachthufe Nr. I. besitzt, d. h. seit Johannis v. J., den fraglichen Canal zur Abfuhr der Producte seiner Kalkbrennerei und Ziegelei so lange ungehindert benutzt hat, bis der Beklagte im October ihm Solches untersagte und, da er dieses Verbot nicht befolgte, ihm am 20. ejusd. eine Ladung Kalk während des Transports auf dem Canal gewaltsam anhielt und unter dem Prätexte einer Pfändung wegnahm, daß er sodann gleichwohl unter dem Schutze eines im Administrativwege ausgebrachten Inhibitoriums, bis dasselbe am 29. December durch Recursbescheid wieder aufgehoben wurde, den Canal weiter befahren hat, endlich, daß der Beklagte auf Anfrage erklärt hat, er werde auch in diesem Jahre die Benutzung des Canals nicht gestatten, sondern jedem darauf gerichteten Unternehmen des Klägers wiederum mit einer Pfän-

dung entgegentreten. Wenn indessen hienach auch zwei wesentliche Voraussetzungen für die beantragten provisorischen Maßregeln gegeben sind, insofern

1) der Kläger, der die Benutzung des Canals, trotz der Pfändung, mit obrigkeitlicher Hülfe bis zum Schlusse der Schifffahrt im vorigen Jahre fortgesetzt hat, nur die Aufrechthaltung eines bestehenden factischen Zustandes erstrebt, und
2) nach der eben erwähnten Erklärung des Beklagten bei fernerer Uebertretung des Verbots Thätlichkeiten in Aussicht stehen,

so ist damit allein die Imploration noch keineswegs ausreichend begründet.

Nicht jeder bestehende factische Zustand gewährt einen Anspruch auf richterlichen Schutz. Der Kläger betrachtet den fraglichen Canal als eine öffentliche, mindestens allen Einwohnern der Dorfschaft D. offenstehende Wasserstraße, und verweist demgemäß auf die zum Schutze der freien Benutzung solcher Wege dienenden Interdicte. Dieselben würden nur anwendlich sein, wenn der Canal erweislich die ihm zugeschriebene Qualität hätte, und dieser Umstand müßte zur Rechtfertigung des erbetenen Provisoriums mindestens bescheinigt sein. An solcher Bescheinigung fehlt es aber nicht nur gänzlich, sondern der oben erwähnte Recursbescheid vom 29. December v. J. stellt sogar das Gegentheil aus sehr einleuchtenden Gründen als wahrscheinlich auf. In seiner bisherigen Beschaffenheit steht der Canal landeinwärts mit keinem anderen öffentlichen Wege in Verbindung, ist nur über die Wiesen der angrenzenden Hufen Nr. II. und III. zugänglich und kann daher ohne die Erlaubniß des einen oder anderen der beiden Adjacenten von dritten Personen nicht zur Schifffahrt benutzt werden. Daneben nimmt der Kläger freilich auch den jüngsten Besitz eines Servitutrechts in Anspruch, allein, abgesehen davon, daß ein solcher Anspruch mit der bisher besprochenen principalen Begründung der Imploration unvereinbar ist, würde die Annahme einer **juris quasi**

possessio des behaupteten Inhalts nur dann statthaft sein, wenn zugleich vorläge, daß der Kläger, um von seiner Hufe aus an den Canal zu gelangen, den bisher eingeschlagenen Weg über die Su.'sche Hufe nicht auf Grund einer bloß persönlichen Concession, sondern gleichfalls in Ausübung einer Wegegerechtigkeit benutzt habe, weil sonst eine entsprechende Servitut am Canal wegen des mangelnden Requisits der **vicinitas praediorum** unmöglich sein würde.

D. Familien- und Erbrecht.

58. Verlöbnißbruch.

1. Do. $381/_{1868}$.

Die D. hatte sich im Jahre 1864 mit R. verlobt, auch später mit ihm Ringe gewechselt und Geschenke ausgetauscht, hatte ihm aber am 7. März 1867, nachdem sie noch am 31. Januar desselben Jahres als seine Braut an ihn geschrieben, einen Absagebrief zugesandt und sich bald darauf mit einem Anderen verheirathet. R. klagte deshalb wegen Verlöbnißbruches auf eine Geldentschädigung. Die Beklagte wandte ein, sie sei zur Auflösung des Verlöbnisses berechtigt gewesen, weil der Kläger zur Zeit ihres Eheversprechens, ohne daß sie darum gewußt, noch eine andere Braut gehabt habe. Sobald sie dies erfahren, habe sie ihm erklärt, daß sie ihn nun nicht heirathen werde, wenngleich sie mit ihm in freundlichem Verkehr geblieben sei. Der Kläger gab zu, früher einmal mit einer Anderen verlobt gewesen zu sein, behauptete aber, dieses Verhältniß sei zur Zeit seiner Eheberedung mit der Beklagten längst gelöst gewesen. Auf

Grund dieser Verhandlungen legte ihm der erste Richter den Beweis auf:

daß, als er die Eheberedung mit der Beklagten getroffen, sein früheres Verlöbniß bereits vollständig gelöst gewesen sei.

Auf Appellation des Klägers wurde die Feststellung dieser Thatsache für unerheblich erklärt, da die Beklagte, auch wenn das frühere Verlöbniß des Klägers noch fortbestanden haben sollte, zum einseitigen Rücktritt nicht berechtigt gewesen sei, sondern nur aus der, auch mit ihr rechtsbeständig abgeschlossenen Eheberedung den Anspruch erworben habe, daß der Kläger mit ihr die Ehe schließe oder ihr eine Entschädigung zahle. Das Oberappellationsgericht stellte jedoch auf weitere Berufung der Beklagten durch Erkenntniß vom 19. November 1868 die erstinstanzliche Beweisauflage wieder her, wiewohl in der Bedeutung eines Replikenbeweises gegen den zuvor von der Beklagten zu erbringenden Beweis ihrer Einrede:

daß sie von dem früheren Verlöbnisse des Klägers mit der L. St. erst nach Absendung ihres Briefes vom 31. Januar 1867 Kunde erhalten und dann ihm sofort erklärt habe, sie werde ihn nicht heirathen.

Gründe:

1) Aus der Vorschrift der Verordnung vom 18. Februar 1846, daß bei Klagen aus Verlöbnissen, wenn der beklagte Theil sich noch nicht anderweitig verheirathet hat, das Gesuch alternativ auf Vollziehung der Ehe oder Leistung einer angemessenen Entschädigung zu stellen sei, folgt allerdings, daß die von einem bereits Verlobten vor Lösung dieses Verhältnisses mit einer anderen Person abgeschlossene Eheberedung keineswegs nichtig ist, weil mit der zweiten Verlobung eine von vornherein schlechthin unmögliche Verbindlichkeit nicht übernommen wird, und beide Verträge mindestens rücksichtlich der daraus entspringenden Entschädigungspflicht neben einander bestehen können. Allein durch jene gesetzliche Bestimmung ist nur der Zwang zur Eingehung einer verabredeten Ehe für unstatthaft erklärt; das Wesen und die Bedeutung der Spon-

falien bleibt davon ganz unberührt. Der wesentliche Inhalt eines solchen Vertrags besteht eben einfach in einem gegenseitigen Eheversprechen, nicht in der Zusage einer alternativen Leistung, und wenn ein Contrahent hinterher einseitig ohne Zustimmung des andern sein gegebenes Wort durch eine Geldabfindung wieder einlöst, so erfüllt er nicht den Vertrag, sondern er bricht denselben, und kann daran nur deshalb nicht gehindert werden, weil nach dem Gesetze Niemand zur Eheschließung gezwungen werden soll. Damit ist die moralische Pflicht zur Haltung eines bündigen Eheversprechens nicht aufgehoben, und dies ist auch für die rechtliche Beurtheilung eines einseitigen unmotivirten Rücktritts deshalb von Bedeutung, weil das Verlöbniß nicht zu den rein obligatorischen Rechtsgeschäften gehört, sondern eine tiefere sittliche Basis hat. Von diesem Standpunkte aus kann die Eingehung eines zwiefachen Verlöbnisses mit dem Abschlusse zweier Verträge über dasselbe individuell bestimmte Vermögensobject nicht mehr in Parallele gestellt werden, indem es sich dort um eine Leistung handelt, für welche es einen vermögensrechtlichen Maßstab gar nicht giebt und mit deren Zusage das Gelübde persönlicher Treue verbunden ist. Wer sich in solcher Weise doppelt bindet, ist zwar seinerseits aus beiden Verlöbnissen mindestens zur Lösung seines Versprechens durch die gesetzliche Abfindung verpflichtet, aber er bricht durch den Abschluß des zweiten Verlöbnisses die durch das erste gelobte Treue, verwirkt damit seine Rechte aus demselben und berechtigt den anderen Theil, einseitig ohne Entschädigung zurückzutreten; er macht sich außerdem eines gleichen Vergehens mit gleicher Wirkung auch seinem zweiten Verlobten gegenüber schuldig, wenn er diesem seine Hand anbot oder zusagte, ohne ihn davon in Kenntniß zu setzen, daß er darüber ohne einen Treubruch nicht mehr verfügen könne, denn er verschwieg damit eine Thatsache, die für den Entschluß des anderen Contrahenten nach der Natur der Sache von Einfluß sein konnte.

2) Demnach bildet die Behauptung der Beklagten, daß der Kläger, als er mit ihr sich verlobte, bereits mit einer anderen

Person verlobt gewesen sei, das Fundament einer zur Elidirung der Klage durchaus geeigneten **exceptio doli.** Dieselbe ist auch liquide, da der Kläger den Abschluß jenes früheren Verlöbnisses zugestanden hat und die beweispflichtige Partei, welche sich nicht auf ein rein thatsächliches Verhältniß von ungewisser Dauer, sondern auf ein Rechtsverhältniß berufen hat, nur die dasselbe begründende Thatsache liquide zu stellen braucht, indem ein einmal begründetes Rechtsverhältniß so lange fortwirkt, bis es durch eine neue positive Thatsache, deren Aufstellung und Nachweis der Gegenpartei überlassen bleibt, beendet wird. Es beruhte die dem Kläger im ersten Erkenntnisse gemachte, durch die **sententia nunc a qua** gestrichene Beweisauflage auf einer richtigen Vertheilung der Beweislast und gereicht insofern dem Kläger nicht zur Beschwerde. Gleichwohl konnte in diesem jetzt allein noch in Frage stehenden Punkte jene erste Entscheidung nicht wiederhergestellt werden.

3) Die Beklagte hat nämlich selbst angegeben, daß sie, nachdem sie von der früheren Verlobung ihres Bräutigams Kunde erhalten, nicht sogleich sich zurückgezogen, sondern einstweilen den bisherigen freundlichen Verkehr unverändert mit ihm fortgesetzt habe, wie sie denn auch in ihrem Absagebriefe vom 7. März v. J. ihrem Rücktritte ein anderes, als das jetzt geltend gemachte Motiv unterlegt. Danach rechtfertigt sich ohne Weiteres die Annahme, daß sie ihr dem Kläger gegebenes Jawort, trotz des ihr bekannt gewordenen Verhältnisses zu der L. St., aufrecht erhalten wolle, weil ihr Benehmen ungezwungener Weise nur so gedeutet werden kann, wenn sie nicht etwa durch einen ausdrücklichen Protest einer solchen Deutung vorgebeugt hat. Der Kläger ist hienach zwar mit Recht durch das vorige Urtheil von der fraglichen Beweisauflage entbunden, allein der Beklagten hat doch der Beweis ihrer Behauptung, daß sie ihrem Bräutigam, sobald sie von dessen anderweitiger Verlobung erfahren, ausdrücklich erklärt habe, sie werde ihn nun nicht heirathen, vorbehalten werden müssen. Hatte sie sich einmal in diesem Sinne aus-

gesprochen, so konnte sie immerhin, ohne sich zu präjudiciren, freundlichen Umgang mit dem Kläger fortsetzen, und wenn sie dann schließlich sich veranlaßt sah, durch den erwähnten Brief das Verhältniß definitiv zu lösen und eine vollständige Auseinandersetzung rücksichtlich der Brautgeschenke zu proponiren, so lag kein genügender Grund vor, bei dieser Gelegenheit jene frühere Erklärung noch einmal zu wiederholen. Dabei muß indessen vorausgesetzt werden, daß die Beklagte von dem Verhältnisse des Klägers zu der St. noch nichts wußte, als sie den der Klage gleichfalls beiliegenden, in der Vernehmlassung übergangenen und damit als anerkannt zu erachtenden Brief vom 31. Jan. v. J. an ihn richtete, denn dieses Schreiben beweist unwiderleglich, daß sie sich damals noch als Braut des Klägers betrachtete und ihn zu heirathen gedachte. Zwar sagt sie selbst, sie habe seit Anfang des vorigen Jahres den Kläger nicht wieder gesehen, allein daraus folgt nicht, daß sie nicht in der zwischen beiden Briefen liegenden Zeit die entscheidende Thatsache in Erfahrung gebracht und dann sofort durch eine Mittelsperson oder schriftlich daraufhin das Verlöbniß gekündigt habe; weist doch auch der Eingang des Briefes vom 7. März auf eine inzwischen Statt gehabte Correspondenz hin. Der dem Kläger im ersten Erkenntnisse auferlegte Beweis kommt hienach erst als Replikenbeweis in Betracht. Der vorgeschützten Einrede gegenüber hat Kläger aber nur zu beweisen, daß er zu der angegebenen Zeit frei über seine Hand verfügen konnte. Die weitere Frage, ob die St. sich von ihm zurückgezogen, ob sie ihm gegründeten Anlaß zum Rücktritt gegeben, oder ob er ihr willkürlich gekündigt hat, interessirt nach Lage der Sache nicht, da die Beklagte aus einem ihn dabei etwa treffenden Verschulden keinen Einwand entnommen hat.

---

2. So. 1787/$_{1873}$.

Aus einem Bescheide vom 9. Januar 1874.

Nach gemeinem Rechte, welches in diesem Betreff durch das Gesetz vom 18. Februar 1846 laut §. 2, 8 nicht geändert ist, wird ein rechtsbeständig geschlossenes Eheverlöbniß allerdings gelöst durch eine formlose Vereinbarung der Verlobten, auch ohne Zustimmung derjenigen Personen, deren Consens zur Eingehung des Verlöbnisses erforderlich war.

Cap. 2 X. de sponsalibus (4, 1).

Im vorliegenden Falle ist indessen die auf diesen Rechtssatz gebaute Einrede thatsächlich unbegründet geblieben. Seiner Behauptung nach hat der Beklagte zwar schon auf dem Rückwege von der Reise nach G. seiner Braut bemerklich gemacht, er könne ihr kaltes, abstoßendes Wesen nicht länger ertragen, er sehe ein, daß sie nicht zu einander paßten und aus ihrer Verbindung nichts werden könne; allein er hat, wie er selbst sagt, damit keineswegs die Offerte zu einem lösenden Vertrage machen wollen, deshalb auch die Erwiderung seiner Braut: wenn er das einsehe, komme sie wohl auch ohne ihn durch, nicht als Accept aufgefaßt; es ist vielmehr nur seine Absicht gewesen, zu warnen und zu ermahnen. Er hat sich die Zusage einer Aenderung des bisherigen Betragens geben lassen und daraufhin an dem Verlöbnisse festgehalten. Erst als die Braut am Abend nach der Rückkehr von der Reise nach D. im elterlichen Hause sich ihm gegenüber wieder völlig theilnahmlos verhalten hatte, so daß das Gespräch über die Hochzeit unter allseitiger Mißstimmung abgebrochen wurde, hat der Beklagte am folgenden Tage dem Kläger, der das Benehmen seiner Tochter zu entschuldigen suchte, bestimmt erklärt, daß er zurücktrete, und zwar nicht in der Form eines der Tochter zu hinterbringenden Antrags auf eine vertragsmäßige Auflösung des Verlöbnisses, sondern in der Form eines einseitigen festen Entschlusses, der die Erwartung einer zustimmenden Rückäußerung nicht ausdrückte. Jedenfalls ist eine solche nicht erfolgt, insbesondere entschieden nicht darin zu befinden, daß die Braut auf

behufige Vorhaltung erklärte: wenn sie ihr Betragen ändern solle, müsse sie sich Zwang anthun, dann möge sie das wohl können. Mit solchen Worten sagte sie offenbar nicht, wenigstens nicht mit der erforderlichen Bestimmtheit, daß sie mit dem Rücktritte ihres Bräutigams einverstanden sei, sondern deutete vielmehr umgekehrt die Hoffnung an, daß es ihr, wenn sie sich Mühe gebe, wohl gelingen möge, ihn zufrieden zu stellen. Wenn sie sodann nach diesen Vorgängen gegen das Dienstmädchen ihrer Eltern sich dahin aussprach, es sei nur gut, daß der Bräutigam ihr dieses Mal nicht verziehen habe, sie würde ihn doch nicht haben heirathen können, so gab sie mit solcher gelegentlichen Aeußerung gegen eine völlig unbetheiligte dritte Person nur ihre Befriedigung über die ohne ihr Zuthun erfolgte Lösung des Verhältnisses zu erkennen, nahm aber damit der Aufkündigung des Beklagten nicht die Bedeutung eines in sich abgeschlossenen einseitigen Willensactes. Daß sie endlich auch die ihr wieder zugestellten Brautgeschenke einfach hinnahm, war gleichfalls unpräjudicirlich, da sie wußte, daß ihr Bräutigam, weil er sich von ihr losgesagt hatte, dieselben nicht behalten wollte. Sie war, um ihre Rechte aus dem einseitig widerrufenen Eheversprechen zu wahren, nicht verpflichtet, die Annahme der Sachen zu verweigern oder eine protestirende Erklärung abzugeben. Sie durfte sich vollständig passiv verhalten und gab ihren Dissens gegen eine gütliche Aufhebung des Verlöbnisses dadurch genügend zu erkennen, daß sie die ihr gemachten Brautgeschenke zurückbehielt.

Eine einseitige Aufkündigung, und nur von einer solchen kann nach vorstehender Erörterung hier die Rede sein, befreit den Zurücktretenden von den mit dem Verlöbnißvertrage übernommenen Verbindlichkeiten nur dann, wenn er für seine Weigerung, die Ehe zu schließen, nach dem quellenmäßigen Ausdrucke eine **rationabilis causa** anzuführen vermag.

Cap. 10 X. de sponsalibus (4, 1).

Dafür gelten freilich nicht bloß die Gründe, welche sogar die Scheidung einer bereits geschlossenen Ehe rechtfertigen würden, insbesondere Treubruch im engsten Sinne und bösliche Verlassung, welche in der Eingehung eines anderen Verlöbnisses sich

manifestirt und auch dann angenommen wird, wenn der andere Contrahent, um der Eheschließung zu entgehen, sich in's Ausland entfernt hat,

cap. 5 X. eod.;

es gilt vielmehr auch als triftiger Grund für einen straffreien Rücktritt, wenn in der Person des anderen Contrahenten, selbst ohne dessen Verschulden, eine so wichtige Veränderung eingetreten ist, daß unbedenklich angenommen werden darf, der Zurücktretende würde unter den nachträglich eingetretenen Umständen auf das Verlöbniß gar nicht eingegangen sein, wenn sie bei dessen Eingehung schon vorgelegen hätten.

cfr. cap. 25 X. de jurejurando (2, 24),
Boehmer, Jus ecclesiasticum Protestantium lib. IV., Tit. I., §§. 168 ff.,
Eichhorn, Kirchenrecht, Bd. II., Seite 439 f.

Beispielsweise wird der Fall hervorgehoben, daß die Braut etwa von einer schweren, unheilbaren Krankheit befallen würde, eine entstellende Verstümmelung ihres Körpers erlitte oder etwas Schimpfliches ihr widerführe. Der Beklagte hat nun aber nichts anzuführen vermocht, was dem auch nur entfernt zu vergleichen wäre. Er beschwert sich darüber, daß Klägers Tochter ihn während der ganzen Dauer des Brautstandes auffallend kalt und abstoßend, ja verächtlich behandelt, und damit einen gänzlichen Mangel an derjenigen Liebe und Achtung, ohne welche eine glückliche Ehe nicht denkbar sei, an den Tag gelegt habe. So allgemein hingestellt, erscheint diese Behauptung als ein der richterlichen Prüfung sich entziehendes, zu einer Beweisauflage völlig ungeeignetes, rein auf subjectiven Eindrücken beruhendes Urtheil; die zur Begründung desselben vorgetragenen wenigen und geringfügigen concreten Vorfälle sind aber entschieden nicht ausreichend, den daraus gezogenen Schluß zu rechtfertigen, sondern lassen sich ebensowohl mit dem Kläger daraus erklären, daß dessen Tochter von Natur ein schüchternes, verschlossenes, schwer erregbares Wesen sei. Auf keinen Fall kann der Beklagte bestimmt behaupten wollen, daß mit der Gesinnung und dem Charakter seiner Braut während der Dauer des Verlöbnisses eine nachtheilige

Veränderung vorgegangen sei. Aus seinen eigenen Angaben ist zu entnehmen, daß er sie vorher viel zu wenig kannte, um in diesem Betreff einen maßgebenden Vergleich anstellen zu können, daß er vielmehr in übereilter Weise zu einer Verlobung sich entschloß oder, wie er selbst sagt, drängen ließ, die er hinterher bereute, nachdem er sich überzeugt zu haben glaubte, daß er über die Gesinnung des Mädchens und die bei ihr vorausgesetzte Gefühlswärme in einer Selbsttäuschung befangen gewesen sei. Ist hienach der angegebene Rücktrittsgrund schon an und für sich völlig unzulänglich, so kommt noch hinzu, daß ein Bräutigam, der seine Braut verlassen will, nachdem er mit ihr die **copula carnalis** bereits vollzogen hat, dazu besondere, schwer wiegende Motive haben muß, da er sich einer doppelten Verbindlichkeit, nämlich der Haltung des gegebenen Wortes und der Herstellung der durch ihn geraubten weiblichen Ehre entziehen will.

Einer anderen rechtlichen Beurtheilung unterliegt die dritte und letzte Einrede, daß die Tochter des Klägers zur Zeit der Eingehung des Eheverlöbnisses sich nicht mehr in dem vom Beklagten vorausgesetzten Zustande der Jungfräulichkeit befunden habe. Es unterliegt keinem Zweifel, daß der Irrthum über die Virginität, ebenso wie derselbe nach ausdrücklicher Vorschrift der Consistorialordnung, Tit. VIII., cap. VII., auf eine bereits geschlossene Ehe vernichtend wirkt, auch den Consens zu einem Verlöbnißvertrage unwirksam macht, vorausgesetzt, daß der Irrende nicht hinterher genugsam zu erkennen giebt, der beregte Mangel sei für seine Willensbestimmung nicht von entscheidender Bedeutung. Diese Voraussetzung ist gegeben in der Person des Ehemannes, welcher nach Hebung seines Irrthums die Geschlechtsgemeinschaft mit der Frau aufrecht hält, indem daraus, wie das Gesetz ausdrücklich anerkennt, mit Sicherheit zu entnehmen ist, daß er trotz des entdeckten Makels die Ehe fortsetzen wolle. Dasselbe muß auch von dem Bräutigam gelten, der, nachdem er seinen Irrthum erkannt, die fleischliche Vollziehung der Ehe wider Recht und Sitte anticipirt oder zu anticipiren fortfährt. Der Beklagte sagt nun selbst, er habe schon bei der ersten, am 6. August Statt gehabten Beiwohnung „gemerkt“, daß seine Braut nicht mehr

Jungfrau sei. Daß er damit nicht bloß einem in ihm aufgestiegenen Argwohn, sondern einer gewonnenen Ueberzeugung hat Ausdruck geben wollen, beweist der Zusatz, er habe damals noch nicht gewußt, mit wem die Braut bereits vorher zu thun gehabt haben möge. Damit ist indessen nur erklärt und gerechtfertigt, daß er sich zunächst schweigend verhielt und nicht sofort mit einer im Leugnungsfalle unerweislichen Anschuldigung hervortrat, allein er ließ es dabei nicht bewenden, einstweilen im Stillen dem Mitschuldigen nachzuforschen, sondern er setzte geständiger Maßen inzwischen den unzüchtigen Verkehr mit seiner Braut fort, den sie, wie er unbedingt anzunehmen verpflichtet war, nur in Aussicht auf das ihr gegebene Eheversprechen duldete. Wollte er **ob defectum virginitatis** sich zurückziehen, so mußte er seine Braut unberührt lassen, sobald er den Defect „gemerkt" hatte, ja selbst dann, wenn er auch nur einen nach seiner subjectiven Ansicht wohlbegründeten Zweifel an ihrer Virginität hegte.

---

59. Selbständiger Gewerbebetrieb einer Frau gegen des Mannes Willen. Ki. 1385/1871.

Der Bäcker G. in S. verkaufte sein Wohnhaus mit der ganzen Geschäftseinrichtung an den Bäcker K. durch einen schriftlichen Vertrag, welcher die Bestimmung enthielt: der Verkäufer verzichtet zu Gunsten des Käufers auf allen und jeglichen Bäckereibetrieb in hiesiger Stadt. G. erwarb und bezog an demselben Orte ein anderes Haus, in welchem nach einiger Zeit ein neues Bäckereigeschäft eröffnet wurde. K. klagte deshalb gegen ihn wegen Vertragsbruches und beantragte ein richterliches Strafverbot gegen Fortsetzung dieses Betriebes. Der Beklagte erwiderte, nicht er, sondern seine Ehefrau, der er zu diesem Zwecke die erforderlichen Localitäten in seinem Hause vermiethet habe, führe

das Geschäft auf ihre alleinige Rechnung. Sie halte sich einen Bäckergesellen und besorge den Einkauf des Mehls und des Brennmaterials, sowie den Verkauf der Backwaaren selbst. Das Betriebscapital habe sie aus ihrem eigenen Vermögen entnommen, an dessen beliebiger Verwendung er sie nicht hindern könne.

Das Oberappellationsgericht fand dieses Vorbringen unerheblich, strich deshalb die in den beiden Vorinstanzen dem Kläger gemachten Beweisauflagen und verurtheilte den Beklagten, unter Vorbehalt des Beweises einer hier nicht interessirenden Einrede,

> bei einer Strafe von 20 Thlr. für jeden Fall, wo er oder seine Ehefrau nach seiner rechtskräftigen Verurtheilung Bäckerei irgend einer Art in der Stadt S. treibt, sich alldort alles und jedes Bäckereibetriebes zu enthalten und solchen Betrieb seiner Ehefrau einzustellen.

Gründe
zu dem Urtheile vom 27. April 1871:

1) Nach §. 10 des zwischen den Parteien geschlossenen Kaufcontracts vom 15. October 1866 hat Beklagter zu Gunsten des Klägers, seines Käufers, alles und jedes Bäckereibetriebes in S. sich begeben. Kläger behauptet, daß Beklagter dennoch dies Gewerbe dort übe, was Beklagter leugnet. Er gesteht aber, daß seine Frau dasselbe mit seinem Vorwissen und seiner Genehmigung im Ehehause treibe, daß er ihr dazu die nöthigen Anlagen hergerichtet habe oder habe herrichten lassen und die erforderlichen Localitäten miethweise eingeräumt habe, auch mitunter selbst beim Backen helfe. Kläger hält die Frau nur für vorgeschoben, bestreitet, daß das Geschäft auf deren Rechnung gehe und beruft sich auf fraudulöse Umgehung des §. 10 cit. Seitens des Beklagten.

2) Welche Stellung die Frau des Beklagten auch zu dem in dem Hause des Letzteren etablirten Bäckereigeschäfte in Wahrheit einnehmen mag und welche Veranstaltungen von den Eheleuten getroffen sein mögen, damit das Verhalten des

Beklagten mit dem Buchstaben des Contracts äußerlich nicht in Widerstreit gerathe — das, was nach der wahren Bedeutung der Vereinbarung in Rücksicht auf den Kläger zur Erhaltung des Absatzes in dem von diesem gekauften Hause nicht geschehen sollte, ist geschehen, gleichviel ob das Gewerbe vom Beklagten selbst oder von seiner Lebensgenossin, unter seinem oder ihrem Namen, auf seine oder ihre Rechnung, geübt wird. Denn, da der Verzicht des Beklagten bedungen und ertheilt war, damit dem Kläger die Nahrung in dem erstandenen Hause nicht durch die Concurrenz des Verkäufers geschmälert werde, so konnten die Paciscenten nicht gemeint haben, daß es des Beklagten mit demselben zusammenlebenden Ehegenossin frei stehen solle, dem Kläger in dem Gewerbe Concurrenz zu machen. Das wäre eine so unerklärliche Seltsamkeit, daß die etwanige Mental-Reservation des Beklagten dem Vorwurfe des Dolus nicht entgehen könnte. Kläger würde sich nichts stipulirt haben, was während bestehender Ehe für das Gedeihen seines Geschäfts reellen Werth hätte. Die Eheleute hätten die Zahl der Bäckereien in der Stadt um eine vermehren dürfen, welche vom Publicum, wie viel dasselbe auch von der unter Jenen getroffenen Vereinbarung erfahren mag, immer als das wahre Geschäft des Mannes oder doch als ein von ihm geleitetes betrachtet sein würde. Er ist Bäckermeister, wird sich schwerlich einem Gesellen unterordnen und kann sich nicht entziehen, seiner Frau mit Rath und That an die Hand zu gehen. Das weiß in der Stadt Jedermann.

3) Allerdings ist die Erbauung eines Backhauses Seitens des Beklagten keine Contravention, und ebensowenig würde sie in der Vermiethung desselben an einen Fremden, auf dessen Thun Beklagter keinen bestimmenden Einfluß hat, liegen. Aber die mit dem Manne zusammenlebende Frau steht in ihrem Thun nicht unabhängig da von seinen Anordnungen. Er ist Herr im Hause und, so wie sie ihm im Allgemeinen Folgsamkeit schuldig ist, so darf sie ihm am wenigsten Widerstand entgegensetzen, wenn er von Dingen abräth, die dem Berufe des Weibes ferne liegen. Schon hieraus folgt das

eheherrliche Recht, der Frau den Beginn eines Handwerks, wenn sie auch das dazu nöthige Vermögen besitzt, zumal in seinem Hause, in welchem er weder den damit verbundenen Verkehr, noch den Gesellen zu dulden braucht, schlechthin zu verbieten. Zur Begründung dieser Macht bedarf es nicht noch eines besonderen Gesetzes. Die §§. 1 und 11 der Gewerbeordnung vom 21. Juni 1869 lassen das eheherrliche Widerspruchsrecht ganz unberührt, mindern es also nicht, und wenn der Art. 7 des Deutschen Handelsgesetzbuches bestimmt, daß eine Ehefrau ohne Einwilligung ihres Ehemannes nicht Handelsfrau sein könne, so wird auf dieses Verhältniß lediglich von der Regel des Rechts Anwendung gemacht.

4) Hienach beruht die Entschuldigung des Beklagten, daß er das Unternehmen seiner Frau nicht habe verhindern können, auf einem unhaltbaren Vorwande. Mochte er nun auch gegen dasselbe sonst nichts haben, so durfte er es doch in Rücksicht auf das Versprechen, welches er dem Kläger gegeben, niemals dulden, und schon wegen dieses Verhältnisses würde sie sein Verbot zu respectiren gehabt haben. Ohnehin hat er sich nicht bloß passiv verhalten, sondern seiner Frau sogar die Eröffnung der Bäckerei erst möglich gemacht. Um so klarer ist

cf. l. 29 und 30 D. de legib. (1, 3),
l. 5 C. eod. (1, 14),

seine Contractsübertretung und seine Verantwortlichkeit für das Verfahren seiner Frau dem Kläger gegenüber. Es liegt ihm daher — sollte Kläger nicht etwa auf die fragliche Stipulation verzichtet haben — ob, sich nicht bloß selbst alles und jedes Bäckereibetriebes in S. zu enthalten, damit also auch nicht einen Anderen zu beauftragen, sondern auch, wenn das jetzige Geschäft seiner Frau gehören sollte, solches aufzuheben und demselben ein Ende zu machen. Die Verurtheilung muß beides ergreifen, da Beklagter, wenn sich die Sache so, wie er angiebt, verhält, durch Gestattung des Bäckereibetriebes seiner Frau ebenso stark contravenirt, wie in den in der ersten Sentenz zum Beweise verstellten Fällen. Die

dem Kläger dort auferlegten Beweise sind deshalb überflüssig. Auch enthält der Zusatz, der in der Replik zum Klagegesuche gemacht ist, keine Aenderung der Klage. Das in letzterer beantragte Verbot richtet sich selbstverständlich gegen jede fraudulöse Umgehung desselben, und wenn der Fall einer solchen gegeben ist, so hat der Richter schon von Amtswegen diese Handlungsweise speciell zu berücksichtigen und für die Zukunft dawider Vorkehr zu treffen, was hier dadurch geschieht, daß Beklagter die ihm anzudrohende Geldstrafe auch für jeden Fall, wo, der definitiven rechtskräftigen Entscheidung entgegen, nach derselben die Frau zu backen fortgefahren, verwirkt, da er dem Kläger verpflichtet ist, solches abzustellen.

---

60. Praesumtio Muciana. Ke. 1437/$_{1873}$.

Im Wege der Hülfsvollstreckung waren dem K. in L. mehrere Sachen abgepfändet worden, gegen deren Verkauf dessen Ehefrau, welcher die von beiden Eheleuten bewohnte Büdnerei gehörte, auf Grund behaupteten Eigenthums intervenirend Einspruch erhob. Sie glaubte des Beweises der angegebenen Erwerbsthatsachen deshalb überhoben zu sein, weil sie Eigenthümerin der Büdnerei sei und daraus folge, daß dort befindliche Sachen gegen ihren Willen für eine Schuld ihres Mannes nicht abgepfändet werden dürften.

Executionsordnung vom 30. September 1857, §. 11, 1, 4.*)

Das Proceßgericht erklärte denn auch den Interventen für be-

*) §. 11, 1. Die Execution in bewegliche Sachen beginnt mit der Abpfändung bestimmter, in der Wohnung des Schuldners, oder innerhalb der von ihm besessenen Grundstücke befindlichen beweglichen Sachen desselben durch den Executor, d. h. durch die Verzeichnung derselben zu dem Zwecke des demnächstigen Verkaufs

§. 11, 4. Auf Sachen des Schuldners, welche sich in den Händen

weispflichtig, auf dessen Beschwerde wurde aber in zweiter Instanz der Intervenientin der Beweis derjenigen Thatsachen, aus denen sie den Eigenthumserwerb abgeleitet hatte, auferlegt. Das Oberappellationsgericht bestätigte durch Bescheid vom 24. April 1873.

Denn die unter dem Namen der **praesumtio Muciana** bekannte Rechtsregel besteht bekanntlich nach den schon zur Begründung des angefochtenen Decrets herangezogenen Gesetzesstellen in der bis zur Erbringung des Gegenbeweises festzuhaltenden Vermuthung, daß Alles, was die Ehefrau während der Dauer der Ehe erworben hat, aus einer (nichtigen) Schenkung des Mannes herrühre. Diese Präsumtion ist auf den vorliegenden Fall unbedenklich anzuwenden, und wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß die Büdnerei, welche sie mit ihrem Manne bewohnt, nicht in dessen, sondern in ihrem Nutzeigenthume und Besitze sich befindet, und daß die dort für eine Schuld ihres Mannes auf Instanz des Intervenienten abgepfändeten Sachen gleichfalls von ihr besessen sein mögen. Dieser Umstand hinderte die Abpfändung nicht, da die in Beschlag genommenen Objecte in der Behausung des Schuldners vorgefunden wurden, nicht unter ihrem, der Intervenientin, Verschluß waren und ebensowenig zu den Sachen gehören, welche sofort als Frauengut erkennbar sind. Demnach hat dieselbe zur Begründung ihrer auf behauptetes Eigenthum gestützten Intervention jene Präsumtion, daß ihr juristischer Besitz auf einem nichtigen und deshalb zum Eigenthumserwerbe ungeeigneten Titel beruhe, zu entkräften, und muß zu diesem Behufe die im **decretum a quo** ihrem thatsächlichen Vorbringen entsprechend formirten Beweise, welche mit den bisher beigebrachten Bescheinigungen nicht geführt sind, übernehmen.

---

dritter Personen befinden, darf der Executor die Abpfändung ohne specielle Anweisung des Gerichts nicht erstrecken, außer wenn diese Gegenstände ihm von dem Inhaber freiwillig ausgeliefert werden.

---

61. Dotis constitutio tacita. Ko. 1442/1873.

Als die K.'schen Eheleute bald nach ihrer Verheirathung in Unfrieden sich getrennt hatten, forderte die Frau ihr baares Vermögen, bestehend in der Summe von 25 Thlr., einem Sparkassenbuche über 295 Thlr. und zwei Darlehnsscheinen einer Bank im Gesammtbetrage von 300 Thlr. von dem Manne zurück, der diese Objecte unbestritten erhalten hatte. In der Klage behauptete sie, als Mitgift habe sie dem Beklagten nur eine Naturalaussteuer zugebracht, ihre Baarschaft aber habe sie für sich behalten und selbst verwalten wollen. Wenige Tage nach der Eheschließung habe sie dem Beklagten auf Befragen den Bestand ihres Vermögens angegeben, ihm auch auf Verlangen die 25 Thlr. und die beiden Bankscheine ausgehändigt, worauf er das bei einem Dritten deponirt gewesene Sparkassenbuch von diesem Depositar sich geholt habe. Hierin liege offenbar keine Dotalbestellung, höchstens rücksichtlich der ihm übergebenen Objecte ein widerruflicher Verwaltungsauftrag. Der Beklagte erwiderte:

1) Schon vor Eingehung der Ehe habe die Klägerin ihm über ihr Vermögen Auskunft ertheilt und eine baare Mitgift von 900 Thlr. versprochen.

Dieses bestrittene Dotalversprechen wurde ihm schon im erstinstanzlichen Urtheile zum Beweise verstellt.

2) Bei Hingabe der libellirten Beträge sei die Klägerin damit einverstanden gewesen, daß er aus diesen Mitteln eine Schuld von 200 Thlr. bezahle und den Rest in die Wirthschaft verwende.

Auf seine Appellationsbeschwerde wurde auch diese Behauptung ausreichend befunden, die Klage zu entkräften und alternativ neben der ersten unter Beweis gestellt. Die dawider gerichtete Appellationsbeschwerde der Klägerin blieb erfolglos. Das Oberappellationsgericht bestätigte mittels Bescheides vom 25. August 1873.

Denn die bekannte Streitfrage, ob nach heutigem Rechte die Bestellung einer dos ohne Weiteres darin zu befinden sei,

daß eine Ehefrau Objecte ihres Vermögens vorbehaltlos in die Hand des Mannes giebt,

Glück, Commentar, Bd. 25, S. 220 ff.,

Windscheid, Pandecten, §. 494, Anm. 13,

bedarf zur Entscheidung des vorliegenden Rechtsfalles einer erschöpfenden Lösung nicht. Trotz der erheblichen Bedenken, welche vom Standpunkte des Römischen Rechts einer unbedingten Bejahung jener Frage zweifellos entgegenstehen,

Bechmann, im Jahrbuche des gemeinen Deutschen Rechts von Bekker, Muther und Stobbe, Bd. 5, Seite 271 ff.,

wird doch allgemein anerkannt, daß der durch dotis datio sich vollziehende Dotalvertrag an eine bestimmte Form nicht mehr gebunden sei, insbesondere keine entsprechende ausdrückliche Erklärung fordere, sondern schon durch eine aus concludenten Handlungen zu erschließende Willensmeinung zu Stande komme. Bestritten ist nur der von den Eingangs erwähnten Rechtslehrern und zahlreichen anderen von ihnen citirten Schriftstellern vertretene Lehrsatz, daß im Zweifel, d. h. wenn im gegebenen Falle die obwaltenden Umstände einen genügend sicheren Schluß auf die Intention der Contrahenten nicht gestatten, anzunehmen sei, das, was die Frau ohne ausdrückliche Zweckbestimmung aus ihrem Vermögen gebe, solle als dos gegeben sein. Für den gegenwärtig zu entscheidenden Rechtsfall bleibt ein solcher Zweifel nicht übrig, wenn der Appellat, auch ohne ein voraufgegangenes Dotalversprechen zu erweisen, nur den im vorigen Urtheile ihm daneben freigelassenen Einredebeweis erbringt. Derselbe ist freilich nicht ganz correct gefaßt, indem es nach der Formulirung den Anschein gewinnt, als ob die Hingabe rücksichtlich aller in der Klage aufgeführten Objecte außer Streit wäre, obgleich die Appellantin doch nur zugegeben hat, ihre aus 25 Thlr. bestehende Baarschaft, sowie die beiden Darlehnsscheine der Lebensversicherungs- und Sparbank dem Beklagten übergeben zu haben, während sie dagegen auch in der Replik ihre Klagbehauptung festhält, daß der Beklagte das Sparkassenbuch sich von dem Depositar, bei dem es hinterlegt war, ohne Auftrag habe ausliefern lassen. Eine Aenderung des Beweissatzes in diesem Punkte ist indessen gleich-

wohl nicht erforderlich. Der Schwerpunkt liegt in der zu beweisenden Einredethatsache, daß die Appellantin, als sie ihrem Manne ihr baares Geld und die beiden Darlehnsscheine übergab, rücksichtlich aller libellirten Objecte, also auch rücksichtlich des damals nicht in ihren Händen befindlich gewesenen Sparkassenbuches, sich damit einverstanden erklärt hat, der Beklagte solle mit dem Gelde, beziehungsweise dem Erlöse der Werthpapiere, eine Schuld von 200 Thlr. bezahlen und den Rest für die gemeinschaftliche Wirthschaft verwenden. Hieraus würde sich nun sofort ergeben, daß mit der Hingabe, beziehungsweise der gestatteten Besitznahme eine Uebereignung beabsichtigt und ausgeführt wurde, weil sonst der Mann zu der ihm eingeräumten Disposition rechtlich nicht im Stande gewesen wäre, und ferner, daß die vereinbarte Verwendung dem Zwecke einer dotis datio entsprach. Allerdings läßt sich derselbe Zweck, wie Bechmann a. a. O. richtig bemerkt, auch mittels anderer Rechtsgeschäfte erreichen, und es ist deshalb bloß aus diesem Grunde noch nicht gewiß, daß die Contrahenten einen Dotalvertrag gewollt haben. Das hier angeregte Bedenken war für den im 6. Bande der gedruckten Entscheidungen des Oberappellationsgerichts, Seite 257, mitgetheilten Rechtsfall, auf den die Parteien Bezug nehmen, nach Lage der Sache begründet, ist aber für den gegenwärtigen Streit ohne Bedeutung. Nach der Appellantin eigenen Angabe hat sie beim Eintritte in die Ehe freilich nur ihre Naturalaussteuer dem Manne als Brautschatz zubringen, dagegen ihr aus den libellirten Objecten bestehendes übriges Vermögen für sich behalten wollen. Wenige Tage später hat sich indessen der Beklagte nach dem Bestande dieses Vermögens erkundigt, sie hat ihm darüber Auskunft gegeben und ihm auf sein Verlangen die 25 Thlr. nebst den beiden Darlehnsscheinen ausgehändigt, ohne zu bemerken, daß sie sich die Disposition darüber vorbehalte. Führte diese Verhandlung zu dem vom Beklagten behaupteten und zu erweisenden Einverständnisse, so darf in Ermangelung von Gegengründen unbedenklich angenommen werden, daß nach der Intention beider Contrahenten der vereinbarte Zweck auf dem Wege erreicht werden sollte, den die volksthümliche Sitte und die

herrschende, auch dem Rechtsunkundigen geläufige Rechtsauffassung dafür vorzeichnet, d. h. mit anderen Worten, daß die Appellantin sich entschlossen hatte, auch ihr baares Vermögen als Bestandtheil ihrer Mitgift dem Manne anzuvertrauen. Die Ueberlassung der Vermögensobjecte auf beliebigen Widerruf oder die Gewährung eines kündbaren Darlehns würde den gewollten Zweck nicht, wenigstens nicht vollständig und sicher erfüllt haben, und daß die Appellantin beim Abschlusse der Vereinbarung, wenige Tage nach Eingehung ihrer damals noch friedfertigen Ehe, schon die Möglichkeit eines Zerwürfnisses in's Auge gefaßt und im Hinblick darauf ein schon während der Ehe einseitig lösbares Rechtsgeschäft habe schließen wollen, läßt sich nicht denken, ohne ihr einen damals noch unmotivirten und deshalb gegen die gute Sitte verstoßenden Hintergedanken zuzutrauen.

---

62. Ueber die Dotalprivilegien im Concurse der Mitglieder einer offenen Handelsgesellschaft.

Ro. 774/1872.

Die beiden Gebrüder R. waren zu einer offenen Handelsgesellschaft zusammengetreten und hatten sich später verheirathet. Da ihre Geschäfte nicht den gewünschten Erfolg hatten, löften sie die Gesellschaft nach einigen Jahren wieder auf. Da der Versuch, sich mit ihren gemeinschaftlichen Gläubigern gütlich auseinanderzusetzen, mißlang, so wurde über beider Vermögen der formelle Concurs eröffnet. Das Gericht bildete aus dem Vermögen der aufgelösten Gesellschaft eine besondere Masse zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger und locirte die beiden Ehefrauen, welche erhebliche Dotalforderungen liquidirt hatten, lediglich in der Masse, welche das Privatvermögen des Ehemannes

darstellte. Ihre dagegen gerichtete Appellation wurde zurückgewiesen.

Bescheid vom 8. April 1872.

Gründe:

Nachdem das Handelsgesetzbuch in den Artikeln 119 bis 122 dem Gesellschaftsvermögen eine selbständige Stellung dahin gegeben hatte, daß zum Privatvermögen des einzelnen Gesellschafters nicht ein ideeller Antheil an den einzelnen Activis und Passivis, sondern nur ein solcher an dem, nach Abzug der Passiva von den Activis sich ergebenden Ueberschusse der letzteren gehört, konnte die Auflösung der Gesellschaft durch Uebereinkunft der Gesellschafter diese besondere Stellung des bis zu solchem Zeitpunkte erwachsenen Gesellschaftsvermögens dem Privatvermögen gegenüber nicht ohne Weiteres beseitigen, und hat diese Consequenz gerade durch Art. 144 gezogen werden sollen. Wie pag. 4542 und 4543 der Conferenzprotocolle ergeben, ward die Aufnahme des Art. 144 durch die Besorgniß motivirt, es könnte, wenn die Gesellschaft durch den Tod eines Mitgliedes sich auflöse und dann während der Liquidation Concurs ausbreche, den Gesellschaftsgläubigern das Recht auf Absonderung des Handlungsfonds zu ihrer Befriedigung bestritten und vom Momente der Auflösung der Gesellschaft an die Forterìstenz eines besonderen Handlungsfonds in Frage gestellt werden.

Aus dem eigenen Vorbringen der Appellantinnen ist nicht entfernt abzunehmen, daß die Liquidation vor der Concurseröffnung beendigt, mit anderen Worten, daß das nach Abwickelung der Gesellschaftsschulden übrig gebliebene reine Gesellschaftsvermögen getheilt worden sei. Umgekehrt liegt vielmehr vor, daß die beabsichtigte Liquidation wegen Ueberschuldung nicht zu Stande gekommen ist und demgemäß die Rechte der Gesellschaftsgläubiger am Gesellschaftsfond keine Beeinträchtigung erlitten haben. Die Aussonderung der Masse **A.** entspricht daher den Vorschriften der Artikel 122 und 144 des Handelsgesetzbuches. Auf eine Location in dieser Masse haben

die Appellantinnen keinen Anspruch. Eine jede von ihnen ist erst, als die offene Handelsgesellschaft ihrer Ehemänner bereits bestand, in die Ehe getreten, und so ist hier ein Fall des Art. 120, Abs. 2 ebendaselbst nicht gegeben; ebenso haben sie ihre Aussteuer eine jede nur ihrem Ehemanne zugebracht, sie sind also durch die Illation nur Privatgläubiger geworden, deren Vorzugsrechte nur den zum Privatvermögen zu ziehenden Antheil am Ueberschusse des Gesellschaftsfonds ergreifen. Auch dadurch, daß ihre baare Mitgift von ihren Ehemännern als Gesellschaftseinlage benutzt ist, sind sie nicht Gesellschaftsgläubiger geworden, ebensowenig, als wenn ein Gesellschafter sich die Mittel für den zu leistenden Gesellschaftseinschuß durch eine auf seinen alleinigen Credit aufgenommene Anleihe verschafft. Ihre Ehemänner waren befugt, die baare Mitgift nach ihrem besten Ermessen gleich dem eigenen Gelde zu verwenden, um damit den Unterhalt für sich und ihre Familien zu erwerben; sie konnten solche daher auch zur Bezahlung von Gesellschaftsschulden benutzen. Für eine Frau, die einen Gesellschafter heirathet, kann diese Verwendungsart auch nicht als eine unerwartete, vielmehr bei ihrem eigenen Interesse an dem Gedeihen der Gesellschaft nur als eine ihrem präsumtiven Willen entsprechende gelten, so lange das Gegentheil nicht bedungen ist. Endlich läßt sich auch von dem Principe, daß die mit Dotalgelde angeschafften Sachen im Concursfalle der Vindication unterliegen, hier kein Gebrauch machen; theils fehlt es an jeder Specification der zu vindicirenden Objecte, theils sind mit dem Dotalgelde nicht Sachen für das Privatvermögen des Ehemannes, sondern für das selbständige Gesellschaftsvermögen angeschafft.

---

63. Recht der Wittwe zur einstweiligen Fortsetzung ihrer Hauswirthschaft auf Kosten der Erben ihres verstorbenen Ehemannes.

Ka. 1346/1870.

Die Wittwe K. hatte den Erben ihres verstorbenen Ehemannes, zu denen sie nicht gehörte, den Nachlaß herauszugeben und war dieserhalb mit der Erbschaftsklage besprochen. An baarem Gelde hatte sie die Summe von 600 Thlr. als vorhanden bezeichnet, wollte dagegen aber von ihr bestrittene Ausgaben im Gesammtbetrage von 716 Thlr. 27½ ßl. aufrechnen und forderte widerklagend Erstattung des zu ihren Gunsten verbleibenden Restes von 116 Thlr. 27½ ßl. Die Kläger, welche im Uebrigen ihre Erstattungspflicht einräumten, monirten die Rechnung insofern, als sie die seit dem 26. März 1868, dem Todestage des Erblassers, bis zum 26. September desselben Jahres mit 182 Thlr. in Ansatz gebrachten Wirthschaftskosten überhaupt nicht, die bis Michaelis berechnete Mahl- und Schlachtsteuer nur bis Ostern, Hausmiethe und Miethssteuer aber nur bis Johannis vergüten wollten. Demgemäß decortirten sie der Beklagten 255 Thlr. 25⅓ ßl. und erkannten die Gegenrechnung nur zum Betrage von 461 Thlr. 2½ ßl. an, so daß von den inventirten 600 Thlr. für sie noch 138 Thlr. 45⅚ ßl. übrig blieben. In Anerkennung der Richtigkeit dieser Monituren war die Beklagte zur Zahlung der letzteren Summe mit Verzugszinsen verurtheilt und mit ihrer Widerklage abgewiesen.

Diese Entscheidung wurde auf Beschwerde der Beklagten durch Erkenntniß vom 27. Juni 1870 theilweise geändert.

Wenn auch anerkannt werden muß, daß in der That kein Rechtssatz existirt, welcher den Erben als solchen die Verpflichtung auferlegte, die wenn auch mittellose Wittwe ihres Erblassers eine Zeitlang zu alimentiren, so darf doch andererseits nicht unerwogen bleiben, daß die Sitte und die den Erben, insbesondere den eigenen Kindern gegen den Erblasser obliegenden Pflichten der Pietät nicht gestatten, von der Wittwe die sofortige Auflösung bisherigen Hausstandes zu fordern. Es wird ihr demzufolge

regelmäßig nicht nur, wie sich ganz von selbst versteht, bis zum Begräbniß, sondern darüber hinaus eine mäßige Zeit für die Vorbereitung zu einer neuen selbständigen Einrichtung gegönnt und bis dahin die Fortführung der Wirthschaft auf Kosten des Nachlasses gestattet. Diese Regel hat mindestens insofern auch rechtliche Bedeutung, daß die Wittwe, so lange die Erben die Auflösung des Hausstandes nicht begehren, bona fide annehmen darf, es solle der Sitte gemäß gehalten werden. Im vorliegenden Falle haben die Kläger erst nach Ostern 1868, und zwar nach der unbestritten gebliebenen Angabe der Beklagten am 6. Mai an Letztere die entsprechende Aufforderung ergehen lassen und deshalb für die nicht unverhältnißmäßig lange Zeit vom Tode ihres Erblassers bis zu jenem Tage die zu dem in quanto unbestritten gebliebenen Betrage von 1 Thlr. pro Tag in Ansatz gebrachten Wirthschaftskosten mit 42 Thlr. zu vergüten, ebenso die zu den Hausstandskosten zu rechnende Mahl- und Schlachtsteuer noch über Ostern hinaus für das folgende Quartal mit $14^{2}/_{3}$ ßl. zu ersetzen. Rücksichtlich der Wohnung haben die Erben den Anforderungen der Billigkeit genügt, indem sie dieselbe der Beklagten bis Johannis beließen und ihr bald nach Ostern ankündigten, daß sie alsdann ausziehen müsse, wenn sie nicht für den Rest der Miethszeit, d. h. bis Michaelis, auf eigene Kosten wohnen bleiben wolle. Diese Erklärung entsprach durchaus der rechtlichen Sachlage, und die Kläger konnten den dagegen aus völlig unhaltbaren Gründen gerichteten Protest der Beklagten ohne Nachtheil unbeantwortet lassen. Entscheidend ist, daß die Beklagte den Erben ihres Ehemannes die Wohnung während des letzten Quartals widerrechtlich vorenthalten hat. Daraus folgt ihre Verpflichtung, die für diesen Zeitraum aus dem Nachlasse von ihr an Miethzins und Steuer gezahlten Beträge zu restituiren, da sie nicht bestreitet, daß der mit dem Vermiether vereinbarte Zins dem derzeitigen Nutzungswerthe der Wohnung, welchen sie den Erben widerrechtlich entzogen hat, entsprechend gewesen sei. Der Einwand, daß sie mehrere Räumlichkeiten zur Aufbewahrung von Nachlaßsachen habe verwenden müssen, also für sich nicht habe nutzbar machen können, ist ohne Bedeutung,

da sie nicht zu behaupten vermocht hat, daß sie die beregten Sachen im Auftrage oder auch nur im Interesse der Erben über den Johannistermin hinaus in ihrem Gewahrsam behalten hat. Hieraus ergiebt sich, daß die den Klägern zugesprochene Summe von 138 Thlr. 45 ßl. 10 Pf. nach Abzug von 42 Thlr. 14 ßl. 8 Pf. nur zu 96 Thlr. 31 ßl. 2 Pf. Bestand behält, wonach dann die Widerklage gegenstandslos bleibt.

---

64. Zur Lehre von der Alimentationspflicht der Kinder gegen die Eltern. Ko. 1390/$_{1871}$.

Eine alte arbeitsunfähige und völlig vermögenslose Wittwe verlangte von ihrem angesessenen wohlhabenden Sohne, der von ihrer zahlreichen Nachkommenschaft allein in der Lage war, ihr Unterstützung zu gewähren, die Darreichung des für Kost und Wohnung nothwendigsten Bedarfs in baarem Gelde. Der Beklagte erkannte zwar seine Alimentationspflicht an, hielt sich aber nicht für verbunden, die Mutter mit Geld zu unterstützen, da er sich wiederholt vergebens bereit erklärt habe und noch erbötig sei, sie in sein Haus aufzunehmen und bis an ihr Lebensende zu verpflegen. Replicirend lehnte die Klägerin dieses Erbieten ab, da sie nach früher gemachten Erfahrungen und insbesondere im Hinblick auf die Persönlichkeit ihrer Schwiegertochter fürchten müsse, in der Familie des Sohnes nicht die angemessene Behandlung zu finden.

Abweichend von den Entscheidungen der beiden Vorgerichte, welche annahmen, daß die Klägerin mit der ihr angebotenen Naturalverpflegung zufrieden sein müsse, verurtheilte das Oberappellationsgericht durch Erkenntniß vom 17. Juli 1871 den Beklagten:

der Klägerin die nothwendigsten Alimente an Kost und Wohnung durch Darreichung von Geldbeiträgen zu gewähren,

und wies die Sache zur Verhandlung und Entscheidung über die Beträge und Zahlungstermine in die erste Instanz zurück.

Gründe:

Ueber die Art und Weise, wie der auf Verwandtschaft beruhenden Alimentationspflicht in der hier zur Frage stehenden Richtung zu genügen sei, enthält weder das gemeine, noch das Particularrecht positive Bestimmungen, es wird also aus der Natur des Verhältnisses, welches die Pflicht begründet, und der sittlichen Grundlage derselben, darüber zu entscheiden sein. Das Kind, welches die Eltern zu alimentiren haben, muß sich in der Regel deren Willen unterordnen und hat sich demgemäß zu ihnen zu begeben und an ihrem Tische Platz zu nehmen. Nicht minder erscheint es als das der Sachlage Entsprechende, daß, wenn die Familienbande ungestört und so, wie die Natur es selbst vorschreibt, bestehen, die hülfsbedürftigen und altersschwachen Eltern von den Kindern in ihre Häuslichkeit zum Zweck der Pflege aufgenommen werden. Ist jenes aber nicht der Fall und weigern sich die Eltern, auf diese Art der Verpflegung einzugehen, so kann dies bei der freieren und unabhängigeren Stellung, welche sie den Kindern gegenüber zu beanspruchen haben und in Berücksichtigung der Pflichten der Pietät und Dankbarkeit, auf denen die Verbindlichkeit der letzteren beruht, nicht ohne Weiteres und ohne Prüfung der vorliegenden Verhältnisse zurückgewiesen werden, und es ist in Betracht zu ziehen, daß es unter Umständen etwas Kränkendes und der Natur des elterlichen Verhältnisses Widersprechendes haben kann, wenn sie gezwungen werden sollen, an den Tisch der Kinder zu gehen.

vergl. hierüber Puggé im Rhein. Museum, Jahrgang 3, pag. 574 bis 576.

Auf solche Umstände beruft sich die Klägerin für ihre Weigerung, das Anerbieten des Sohnes anzunehmen. Ob das-

jenige, was sie über die häuslichen Verhältnisse desselben vorgetragen hat, ihre Weigerung rechtfertigte, muß unentschieden bleiben, da in dieser Beziehung keine positiven Anhaltspunkte eruirt sind, auch Dinge dieser Art sich meistentheils einer sicheren Beurtheilung entziehen werden. Dagegen hat Beklagter der Mutter in anderer Weise genügenden Grund zur Unzufriedenheit gegeben. Er hat den Vorwurf nicht ablehnen können, daß er sich zu Zeiten von den hülfsbedürftigen Eltern ganz zurückgezogen und es geduldet habe, daß der Vater auf öffentliche Kosten die Straßen fege, er hat auch zugegeben, daß er der Mutter, welche schon von der Armencasse unterstützt wurde, damals, als letztere ihre Unterstützungen aufhören ließ, selbst diejenigen sechszehn Schillinge entzogen habe, welche er ihr früher wöchentlich gegeben haben will. Zu seiner Rechtfertigung beruft er sich darauf, daß die Eltern und später auch die Mutter allein sich gegen seinen Willen bei seinem in Armuth lebenden Bruder aufgehalten hätten, daß Alles, was er gegeben, von Letzterem und dessen Familie verzehrt sei und auch ferner werde verzehrt werden, so daß die Mutter selbst werde Noth leiden müssen. Es kann aber nicht zugegeben werden, daß hiedurch sein Verhalten, in Folge dessen der Mutter die bisher gegebene, offenbar schon ungenügende Beihülfe zum Lebensunterhalt genommen ward und dieselbe, ebenso wie früher der Vater, dem Mangel Preis gegeben wurde, entschuldigt wird, und wenn die Klägerin, sich hierauf stützend, erklärt, daß es eine reine Grausamkeit gegen sie sein würde, wenn sie die Verpflegung in der Häuslichkeit des Beklagten annehmen sollte, so muß ihn schon die kindliche Liebe und Ehrerbietung bestimmen, dem Wunsche seiner alten Mutter ohne Weiteres nachzukommen, da er nach seiner Vermögenslage dadurch nicht bedrückt wird, und die Mutter erklärt hat, daß sie ihr Gesuch auf das Nothwendigste zum Lebensunterhalte beschränke. Demnach war das Erbieten des Beklagten, die Klägerin in seinem Hause zu verpflegen, zurückzuweisen und derselbe zur Darreichung von Geldmitteln, wie jetzt geschehen, zu verurtheilen.

Die Höhe der danach der Klägerin zu leistenden Geldbeiträge konnte von hieraus noch nicht festgestellt werden, da in dieser Beziehung Vieles von der Natur der vorliegenden factischen Verhältnisse abhängt und diese bisher nicht genügend eruirt sind. Es entspricht dem Wesen der gegenwärtigen Klage als einer Alimentensache, daß zunächst der erste Richter hierüber eine summarische Cognition durch Vernehmung der Parteien und geeignete Erhebungen ohne ein förmliches und zeitraubendes Beweisverfahren einleite und demnächst entscheide.

---

65. Mortis causa donatio.

Hi. $103/_{1871}$. Str.

Der Bürger H. in S. und dessen Ehefrau hatten in einem Testamente zuerst Jeder für seine Person ihre Kinder zu Erben eingesetzt und sodann beide durch eine gemeinsame Willenserklärung

> sich gegenseitig den Nießbrauch von ihrem gesammten Nachlasse auf ihre Lebenszeit so vermacht, daß der Nachbleibende über die Substanz sollte verfügen können, ohne zu einer Cautionsleistung verpflichtet zu sein, es sei denn, daß er zu einer zweiten Ehe schreiten würde.

Schließlich war bestimmt:

> „Sollte dieser unser letzter Wille nicht als ein förmliches Testament gelten können, so soll derselbe doch als Schenkung auf den Todesfall, Fideicommiß, Codicill, oder wie sonst den Rechten nach geschehen kann, aufrecht erhalten werden."

Diese letztwillige Verfügung war vor dem Waisengerichte

errichtet, dessen Competenz zur Aufnahme und Solennisirung öffentlicher Testamente bestritten wurde (vergl. Bd. 4 dieser Entscheidungen, S. 277). Nach dem Tode der Ehefrau H. trat daher Einer der Söhne als gesetzlicher Erbe seiner Mutter auf und forderte als solcher die Herausgabe seines Erbtheils vom Vater. Dieser berief sich auf das von der Verstorbenen, wenn nicht durch ein rechtsbeständiges Vermächtniß, so doch unzweifelhaft durch eine gültige Schenkung auf den Todesfall ihm zugewandte Nießbrauchsrecht. Auf Grund dieser Einrede wurde die Klage in allen drei Instanzen abgewiesen.

Bescheid
vom 18. Januar 1872:

Nach der allein für richtig zu haltenden, in neuerer Zeit auch nahezu allgemein in der Theorie, wie der Praxis zur Herrschaft gelangten Auslegung der l. 4 C. de mortis causa donationibus (8, 57) ist durch dieses Gesetz die Zuziehung von fünf Zeugen oder die Beobachtung der Codicillarform keineswegs als nothwendiges Erforderniß rechtlicher Gültigkeit aller Schenkungen Todes halber vorgeschrieben, sondern nur als Ersatz der sonst für große Schenkungen dieser Art zu deren voller Wirksamkeit geforderten gerichtlichen Insinuation neben dieser dem Schenker zur Wahl gestellt worden. Daß die hier in Frage stehende Schenkung den Betrag einer großen Schenkung übersteige, ist aber weder nach Demjenigen, was über den Bestand der mütterlichen Erbschaft actenmäßig vorliegt, ohne Weiteres anzunehmen, noch auch vom Kläger in irgend einer Weise näher dargelegt worden, und ist er auf diese in seiner Replik obenhin erhobene Behauptung in der folgenden Instanz auch nicht weiter zurückgekommen.

Die allein entscheidende Frage ist daher die, ob durch die in der betreffenden Urkunde enthaltenen, zunächst allerdings die Errichtung eines gemeinsamen Testaments bezweckenden Willenserklärungen nach der Absicht der Verfügenden zugleich eine vertragsmäßige Zuwendung des dem Ueberlebenden an dem Nachlasse des Vorversterbenden zugedachten Nießbrauchs

in einer dem Wesen der Schenkung von Todeswegen entsprechenden Weise zu Stande gekommen ist. Diese Frage ist aber von den beiden vorigen Erkenntnissen mit Recht bejaht worden. Denn nicht nur läßt der Inhalt dieser Urkunde deutlich erkennen, daß derselbe das Resultat zuvoriger Beredung und Vereinbarung ist, nicht nur sprechen die bezüglichen Erklärungen mit voller Bestimmtheit aus, daß der überlebende Ehegatte den Nießbrauch an dem gesammten Nachlasse des Vorversterbenden haben soll, sondern sie gehen auch weiter ausdrücklich dahin, daß die beabsichtigte Verfügung unter allen Umständen Wirksamkeit erlangen, insbesondere also auch, wenn die dafür zunächst gewählte Form des Vermächtnisses hiezu nicht ausreichen würde, als Schenkung auf den Todesfall aufrecht erhalten werden solle. War aber hienach der Wille der Verfügenden auf die Begründung dieses Rechtsgeschäfts bewußter Weise mit gerichtet, wurde dieser Wille übereinstimmend von ihnen gegen einander erklärt, liegt ferner in dieser gemeinsam einander gegenüber abgegebenen Erklärung schon das beiderseitige Einverständniß mit deren Inhalte ausgedrückt, und genehmigten endlich beide Dasjenige, was sie in solcher Weise erklärt hatten, noch besonders dadurch, daß sie die darüber aufgenommene Urkunde durch ihre Unterschrift vollzogen, so war damit allen Erfordernissen eines rechtlich bindenden Vertragsschlusses genügt. Daß die in gedachter Weise versicherte Zuwendung selbst erst mit dem Tode des Schenkers in Wirksamkeit treten sollte, beeinträchtigt dagegen den Charakter derselben als einer Schenkung Todes halber nach den klaren Aussprüchen der l. 2 und l. 29 D. de mortis causa donationibus (39, 6) überall nicht. War der Wille des Schenkers in Beziehung auf die von ihm gegebene Verheißung bereits bei seinen Lebzeiten so weit gebunden, daß bei dem Eintritt der sonstigen Voraussetzungen — unterbliebener Widerruf und früherer Tod des Schenkers — von welchen der Bestand der Schenkung Todes halber rechtlich abhängig ist, der unmittelbaren Verwirklichung des in solcher Weise bedingt begründeten Rechts nichts mehr im Wege steht, so ist

dadurch das eigenthümliche Wesen dieser letztwilligen Verfügung im Gegensatze gegen das auf die Erbschaft als solche gelegte Vermächtniß ausreichend gewahrt.

Glaubt endlich Kläger, jetzt diese Schenkung eventuell wenigstens theilweise als eine unzulässige Beschwerung oder Verkürzung seines Pflichttheils anfechten zu können, so kann es überall keinem Zweifel unterworfen sein, daß in dieser der Klage zu geben versuchten Richtung eine in der Appellationsinstanz unstatthafte Klageänderung liegt, da eine solche Anfechtung eine von der hier erhobenen Klage völlig verschiedene Begründung erfordern würde.

---

66. Heres ex re certa. Ha. 947/1874.

Der Erbpächter S. zu L. war aus einem Testamente beerbt worden, welches folgende Bestimmungen enthielt:

§. 1.

Zu meinen Erben setze ich ein meine vier Töchter, als:

1) Sophia, jetzt im 13. Jahre befindlich,
2) Maria, ungefähr 10 Jahre alt,
3) Dorothea, ungefähr 6 Jahre alt,
4) Jetta, jetzt ungefähr 2 Jahre alt.

§. 2.

Hinsichtlich der Vertheilung meines Nachlasses will ich, daß

1) meine älteste Tochter Sophia meine hiesige Erbpachtstelle Nr. 2 mit allem Zubehör, mit dem ganzen darauf befindlichen Vieh-, Feld- und Wirthschafts-Inventarium, mit den mir angehörigen Mobilien, und mit den darauf befindlichen und davon geworbenen Feld- und Gartenfrüchten erb- und eigenthümlich haben soll so, wie ich dies Alles

besessen. Meine Absicht geht also dahin, daß sie mit den ihr weiterhin aufgelegten Lasten mich dermaleinst hinsichtlich meines ganzen Nachlasses repräsentiren und ihn bekommen soll;

2) daß dagegen meine obenerwähnte Tochter Sophia S. zahlen soll:

   a) an ihre Schwester Maria S. 400 Thlr. N$^{2}/_{3}$,
   b) an ihre Schwester Dorothea S. 400 " "
   c) an ihre Schwester Jetta S. 400 " "

   Außerdem hat meine Tochter Sophia an jede ihrer a, b, c gedachten Schwestern bei deren Verheirathung aus der Stelle unentgeltlich zu geben:

   a) eine Kuh und
   b) ein gutes zweischläfriges Bett ohne Bettstelle.

Die Vormünder hatten die Erbschaft aus diesem Testamente angetreten und demselben entsprechend die Nachlaßtheilung unter obervormundschaftlicher Genehmigung vollständig durchgeführt. Nach Verlauf von fast 30 Jahren traten sodann aber die zweite und dritte Tochter gegen ihre älteste Schwester mit einer Klage hervor, mit welcher sie Ergänzung ihres durch das väterliche Testament verletzten Pflichttheils forderten und außerdem Anspruch auf die Trebellianische Quart erhoben.

Das Oberappellationsgericht bestätigte die in beiden Vorinstanzen erfolgte Abweisung dieser Klage mittels Bescheides vom 16. Mai 1874.

Denn gilt auch die einfache Annahme der einem Notherben ausgesetzten letztwilligen Zuwendung, wenn deren Werth hinter dem Betrage des Pflichttheils zurückbleibt, nicht als Verzicht auf den ihm zuständigen Ergänzungsanspruch, erfordert vielmehr ein solcher Verzicht eine besonders darauf gerichtete Erklärung,

cfr. l. 35 C. de inoff. test. (3, 28),

so liegt die Sache doch schon anders, wenn mit der Zuwendung die s. g. socinische Cautel verbunden war. Diese Cautel verfolgt grade den Zweck, den Pflichttheilsberechtigten zur freiwilligen Anerkennung der vom Erblasser getroffenen Verfügung in der Gestalt, wie er sie getroffen hat, zu veranlassen. Hier kann

daher die Annahme bei Hinzutritt besonderer Umstände schon eher die Bedeutung einer Unterwerfung unter den Willen des Erblassers in sich schließen. Als ein vornehmlich concludentes Factum muß dabei die Mitwirkung zur Ausführung der letztwilligen Verfügung gelten, und dies Moment ist hier gegeben. Die Erbpachtstelle des Erblassers zählte zu den bäuerlichen Gehöften und darf der Regel gemäß ihre Untheilbarkeit angenommen werden. Der Erblasser ließ sich von den Normen des vom gemeinrechtlichen Pflichttheilsrecht abweichenden bäuerlichen Herkommens leiten, er überwies der ältesten Tochter das Gehöft nebst Inventar und Saaten mit der Verpflichtung, die Gehöfts- und Nachlaßschulden zu übernehmen, seiner Wittwe einen Altentheil zu verabreichen, den Geschwistern aber eine näher regulirte Geldabfindung neben einer Naturalaussteuer, sowie Unterhalt und Erziehung bis zur Confirmation auf der Stelle zu gewähren. Erworben hatte er Gehöft, Inventar und Saaten, wie Klägerinnen nicht bestreiten, für ein Kauf- und Erbstandsgeld von 2700 Thlr. N$^2/_3$, die Gebäude waren alt und in sehr mäßiger Beschaffenheit, der Wittwe war ein Altentheil zu gewähren und die Schulden betrugen N$^2/_3$ 2613 Thlr. 35$^3/_4$ ßl., ohne daß außer der Stelle, dem erforderlichen Inventar und den Vorräthen aus einer schlechten Ernte sonstiges Vermögen vorhanden war. Bei dieser Sachlage ist anzuerkennen, daß die väterliche Verfügung das bäuerliche Herkommen beim Abmaß der Abfindungen der jüngeren Geschwister ausreichend berücksichtigt hat. Es stand dahin, ob die Beklagte, beziehungsweise deren Vormünder, bereit waren, unter anderen als den testamentsmäßigen Bedingungen das Gehöft mit Zubehör zu übernehmen; wollten nun die Vormünder der jüngeren Geschwister die also regulirte Ueberlassung anfechten und für diese den eventuell ausgesetzten Pflichttheil beanspruchen, so war eine dringende Veranlassung gegeben, mit solchen Ansprüchen vor der Umschreibung des Gehöfts auf die Beklagte hervorzugehen. Wenn nun die damaligen Vormünder der Klägerinnen nicht nur solche Umschreibung in Grundlage des väterlichen Testaments geschehen ließen, sondern auch bei solcher Gelegenheit die Eintragungen der testamentsmäßigen Abfindungen

erwirkten, demnächst auch die sonst ihren Pflegebefohlenen gebotenen Vortheile annahmen, so haben sie sich damit unzweideutig dem Willen des Erblassers und dessen gerade von der gemeinrechtlichen Intestaterbfolge abweichenden und auf der Grundlage des bäuerlichen Herkommens stehenden Verfügung unterworfen. Auch nach erreichter Volljährigkeit haben Klägerinnen sich dabei weit über die zur Nachsuchung der Wiedereinsetzung offen stehende Zeit beruhigt. Der Anspruch auf Ergänzung des Pflichttheils ist daher mit Recht verworfen.

Dasselbe gilt von dem Anspruche auf die Trebellianische Quart.

Allerdings liegt in der testamentarischen Bestimmung, daß Beklagte den Erblasser rücksichtlich des Nachlasses repräsentiren, diesen erhalten, ihren Geschwistern aber nur bestimmte Geldsummen neben sonstigen Prästationen auszahlen und alle Passiva allein tragen solle, eine Einsetzung der Beklagten auf den ganzen Nachlaß und eine solche der Geschwister auf einzelne ihnen angewiesene Vermögenstheile. Die ältere Theorie, welche bei der **institutio ex re certa** den Willen des Testirers zur Geltung brachte, soweit nach der Verschiedenheit der Fälle die juristische Consequenz dies zuließ, und in einem Falle vorliegender Art, gestützt auf l. 13 C. de hered. inst. (6, 24), den **heres ex re certa** nur als Legatar, oder doch, wenn die anderen Erben angetreten hatten, legatarii loco behandelte,

cfr. Donellus, Comm. juris civ. Lib. VI, cap. XVIII, §. 22,

konnte nicht auf die Frage kommen, ob dem **heres ex re certa** ein Anspruch auf die **Quarta Trebellianica** zustehe. Dieselbe ist vielmehr erst im Gefolge der von Neuner in seiner Abhandlung über die **heredis institutio ex re certa** aufgestellten Theorie, **pag.** 307 ff., hervorgetreten. Darnach ist der **heres ex re certa** Universalsuccessor für eine nach den gewöhnlichen Grundsätzen (cfr pag. 363 und 364) zu ermittelnde Erbportion und mit einem Universalfideicommiß zu Gunsten seiner Miterben belastet, wobei die Eigenthümlichkeit eintritt, daß es für die Restitution keiner Erklärung bedarf, die Restitution vielmehr gesetz-

lich als ohne Weiteres erfolgt behandelt wird. Diese Auffassung ist durch ihre unverkennbare innere Consequenz in der neueren Theorie die herrschende geworden, wenn auch die Bedenken übrig bleiben, daß dieselbe in dem Wortlaute der l. 13 cit. keinen Anhalt findet und dahin führen kann, dem heres ex re certa eine der Absicht des Testirers nicht entsprechende Erbportion zuzuweisen. Einer weiter gehenden Erörterung bedarf jedoch dieser Punkt nicht, da auch von dieser Auffassung aus die Zurückweisung des Anspruchs auf die Quart sich rechtfertigte. Zwar ist dem vorigen Richter darin nicht beizutreten, daß hier nur eine condictio indebiti zulässig sei, diese aber, weil es an dem Vorhandensein eines factischen Irrthums fehle, abzuweisen sei. Eine eigentliche Restitution hat nicht stattgefunden, die Wittwe des Erblassers behielt den Nachlaß für die Beklagte in ihrer Verwaltung, und für die Klägerinnen sind die denselben ausgesetzten Capitalsummen sofort intabulirt. Dagegen ist entscheidend, daß die Nov. 1, cap. 2, §. 2 den Ausschluß der Trebellianischen Quart durch Verbot des Erblassers zuläßt, und daß in der Zuweisung einer res certa an Stelle einer Erbportion der Wille des Erblassers, der heres ex re certa solle nicht mehr als eben die res certa erhalten, auf das Sicherste ausgesprochen ist. Dies trifft im vorliegenden Falle ganz besonders zu. Der Testator hat offenbar eine Erbfolgeordnung, wie sie in bäuerlichen Verhältnissen üblich ist, also Individualsuccession in die Bauerstelle nebst Zubehör und Abfindung der Geschwister gewollt. Darin liegt sein Wille klar ausgesprochen, daß Letztere über die Abfindung hinaus nichts mehr haben sollten, und dieß hat den Verlust des Anspruchs auf die Quart zur Folge, cfr. Reuner, loco citato, pag. 116—120 und pag. 470.

---

67. Correspectives Testament. Ho. 873/1868.

Die Eheleute S. hatten zu gerichtlichem Protocolle über ihren dereinstigen Nachlaß so verfügt, daß zunächst Jeder den Andern zum Erben einsetzte und beide sodann in Ausführung eines gemeinsam gefaßten Beschlusses bestimmten, daß die namhaft gemachten beiderseitigen Geschwister den Ueberlebenden beerben sollten. Dieser habe den gesammten Nachlaß ohne Weiteres zu bewahren und auf Ausführung der zutreffenden Bestimmungen dieses Testaments zu halten. Die überlebende Frau trat die Erbschaft in Gemäßheit dieser Disposition an, verheirathete sich wieder und starb, nachdem sie in einem neuen Testamente ihren zweiten Ehemann H. zu ihrem alleinigen Erben eingesetzt hatte. Beide Ehen waren kinderlos geblieben und hatten während ihrer ganzen Dauer unter der Herrschaft des Lübischen Güterrechts gestanden. Gegen H., der die Erbschaft angetreten und sich in den Besitz des gesammten Nachlasses der S.'schen Eheleute gesetzt hatte, traten nun zwei von den durch das ältere Testament berufenen Nacherben mit der Erbschaftsklage auf, forderten Anerkennung als Theilerben, Vorlegung eines Inventars oder eidlich zu bestärkenden Verzeichnisses und Herausgabe der ihnen gebührenden Quote des Gesammtnachlasses.

Nach verhandelter Sache wurde erkannt, daß die Ehefrau des Beklagten nur Fiduciarerbin ihres ersten Mannes geworden, dessen Nachlaß mithin nunmehr den ernannten Nacherben und zwar jedem der beiden Kläger zu $^2/_{15}$ zugefallen sei, ferner daß die Ehefrau des Beklagten auch über ihr Vermögen nicht mehr habe testiren dürfen, da sie durch den Antritt der Erbschaft ihres ersten Mannes an das gemeinschaftliche Testament sich gebunden habe, daß aber gleichwohl von ihrem Nachlasse den Klägern nur je $^1/_{15}$ zukomme, da dem Beklagten die Hälfte desselben als statutarische Portion des Lübischen Rechts zukomme. Diese Bestimmung wurde sogleich rechtskräftig, da die Kläger sich dabei beruhigten; es wurde indessen auch der übrige Inhalt des ersten Urtheils in zweiter und dritter Instanz lediglich bestätigt.

Dem Bescheide des Oberappellationsgerichts vom 9. November 1868 sind folgende Gründe beigegeben:

Bei gemeinschaftlichen Testamenten, in welchen die Testatoren sich gegenseitig zu Erben einsetzen, bedarf es der ausdrücklichen Erklärung, daß dieselben correspective Testamente sein sollen, überall nicht, vielmehr genügt es, wenn der bezügliche Wille der Testatoren aus dem Inhalte des Testaments zu entnehmen ist, und spricht sogar, wie mit Recht angenommen wird, bei Testamenten von Eheleuten, welche sich gegenseitig zu Erben einsetzen und dann über den beiderseitigen Nachlaß weitere übereinstimmende Bestimmungen treffen, die Vermuthung für die Correspectivität. — Im vorliegenden Falle kommt hinzu, daß das, was die S.'schen Eheleute für den Fall des Ueberlebens des andern Ehegatten bestimmen, von ihnen selbst als ein von ihnen beiden gemeinsam gefaßter Beschluß bezeichnet wird, und ihre Bestimmungen eben nur dahin gehen, daß dieser Beschluß in Kraft treten solle, worin, wenn die S.'schen Eheleute für die Ausführung ihres gemeinsamen Beschlusses auch nicht die Form des Erbvertrages, sondern eines gegenseitigen Testaments gewählt haben, doch auf das Bestimmteste die beiderseitige Voraussetzung ausgesprochen ist, daß der andere Theil bei diesem gemeinschaftlich gefaßten Beschlusse beharre, und beide Theile nur in dieser Voraussetzung so, wie geschehen, testiren. — Dies tritt auch in der gemeinschaftlichen Bestimmung sub III, 2 des Testaments hervor, welche nicht bloß eine Erweiterung der Befugnisse des überlebenden Ehegatten enthält. Denn wenn diese darin zwar insofern zu finden ist, als eine Sicherstellung oder Versiegelung des Nachlasses untersagt worden, und darauf die in der folgenden Bestimmung gebrauchten Worte „ohne Weiteres“ sich beziehen, so geht die Bestimmung selbst doch dahin, der Ueberlebende solle den gesammten Nachlaß bewahren und auf die Ausführung der zutreffenden Bestimmungen dieses Testaments halten, und sind unter diesen „zutreffenden Bestimmungen“ die von beiden Eheleuten verabredungsmäßig für

den Fall des Ueberlebens des anderen Ehegatten getroffenen Dispositionen zu verstehen, so daß der überlebende Ehegatte durch Antritt der Erbschaft des Verstorbenen diese Verpflichtung übernahm und sich damit auch hinsichtlich seines Nachlasses unwiderruflich band.

Aus diesen Gründen ist es auch irrelevant, daß die S.'schen Eheleute sich bei ihren Dispositionen des Ausdrucks „Universalfideicommiß“ nicht bedient haben. Denn wenn zwei Personen, deren Intention dahin geht, daß der Ueberlebende der Erbe des zuerst Versterbenden werden und dann der Gesammtnachlaß an die bestimmten Nacherben fallen soll, sich dazu, statt einen Erbvertrag abzuschließen, der Form des correspectiven Testaments bedienen, so bestimmt damit Jeder testamentarisch über sein Vermögen, der Inhalt dieser seiner Verfügung ist, daß der Ueberlebende sein Erbe werden, nach dessen Tode aber sein Vermögen den genannten Nacherben zufallen soll, und eine solche Bestimmung muß nach Römischem Rechte, welches hier, da die Form des Testaments gewählt ist, anwendlich wird, als Anordnung eines Universalfideicommisses aufgefaßt werden.

Vergl. Buchka, in der Zeitschrift für Deutsches Recht, Bd. XII., Seite 210 ff.

Ein solches Fideicommiß ist auch nicht als ein **fideicommissum ejus quod supererit** zu betrachten, und im vorliegenden Falle spricht auch die bereits erwähnte Vorschrift sub III., 2 des Testaments dagegen. — Ein statutarisches Erbrecht auf den Nachlaß des früheren Ehemannes seiner Ehefrau steht daher dem Beklagten, wie in den vorigen Erkenntnissen mit Recht angenommen ist, nicht zu, und es ist irrelevant, daß seine Ehefrau ein statutarisches Erbrecht in Bezug auf den Nachlaß ihres ersten Ehemannes hatte, weil ihr von diesem die ganze Erbschaft hinterlassen ist, sie durch Antritt dieser Erbschaft auch die damit verbundenen Auflagen anerkannte und dadurch auf ihr statutarisches Erbrecht verzichtete.

---

68. Testamentsvollstrecker. Wa. 892/1874.

Aus einem Erkenntnisse vom 4. Mai 1874.

1) Seit der Reception der römischen Testamentslehre hat im Anschluß an ältere deutsche Einrichtungen der Rechtssatz gegolten, daß der Erblasser durch eine einseitige, von der Zustimmung der Erben unabhängige und deren Widerrufe nicht unterliegende Bestimmung einen Vollstrecker seines letzten Willens ernennen kann, ohne dessen Function auf diejenigen letztwilligen Anordnungen zu beschränken, welche der Erblasser im eigenen Interesse getroffen hat und deren Ausführung zu betreiben beim Mangel einer dazu berechtigten Privatperson sonst der obrigkeitlichen Fürsorge überlassen bliebe. Es können einem solchen Testamentsexecutor auch Befugnisse vom Testator beigelegt werden, welche denselben als Vertreter der den Nachlaß repräsentirenden Erben erscheinen lassen, in welchem Falle er diesen, obwohl er nicht ihr Mandatar ist, über die stellvertretende Ausübung ihrer Rechte diejenige Rechenschaft zu geben hat, welche die nicht unberufene, aber freiwillige Uebernahme der Besorgung fremder Angelegenheiten mit sich bringt. Die hiezu erforderliche Specialvollmacht hat er aus der ihn berufenden letztwilligen Verfügung zu entnehmen, nach welcher sich der Umfang der ihm aufgetragenen Stellvertretung der Erben bestimmt. Diese gemeinrechtlich feststehenden, auch in der einheimischen Praxis anerkannten Grundsätze bedürfen hier um so weniger einer weiteren Begründung, als auch unter den jetzt streitenden Parteien darüber keine Differenz besteht.

2) Im vorliegenden Falle hat der verstorbene Gutsbesitzer W. auf A. im §. 9 eines öffentlichen Testaments den Kläger zu dessen Vollstrecker ernannt mit einer so ausgedehnten Vollmacht, daß darin zweifellos auch der Auftrag und die Ermächtigung zur Einziehung und gerichtlichen Beitreibung der Erbschaftsforderungen enthalten ist. Das folgt ohne Weiteres aus der dem Kläger beigelegten Befugniß, den ganzen Nachlaß zu reguliren und zu versilbern, die Erbportionen zu vertheilen und die Ver-

mächtnisse auszuzahlen, zu diesem Behufe auch alle beweglichen Nachlaßsachen nach seinem Ermessen ohne Betheiligung der Erben und ohne Rücksicht auf deren Einsprache unter der Hand oder im Wege des Meistgebots zu der ihm geeignet erscheinenden Zeit zu verkaufen und bis dahin zu verwalten. Zur Versilberung des Nachlasses, d. h. zur Umsetzung desselben in Geld gehört unzweifelhaft auch die Einziehung der darin enthaltenen Forderungen, sofern dieselben nicht etwa statt baaren Geldes von einzelnen Erben zur eigenen Erhebung übernommen werden möchten. Die Realisirung derjenigen Ausstände, welche sich zur Ueberweisung an einzelne Erben nicht eignen, weil sie bestritten oder von zweifelhaftem Werthe sind, bildet nach der klar ausgesprochenen Intention des Erblassers einen wichtigen Theil der dem Kläger gestellten Aufgabe. Hat er den Nachlaßschuldnern gegenüber die Testamentserben sammt und sonders zu vertreten, ohne daß Einer derselben sich dieser Vertretung entziehen kann, so hängt seine Activlegitimation zur Durchführung des vorliegenden Rechtsstreits nur noch von dem Nachweise ab, daß die Erbschaft aus dem Testamente, zu dessen Vollstrecker er ernannt ist, erworben worden sei. Diese Voraussetzung ist erfüllt, sobald nur Einer der mehreren eingesetzten Erben angetreten hat, weil schon damit die gesetzliche Erbfolge vollständig und für immer ausgeschlossen, mithin festgestellt ist, daß die Erbschaft nur an Personen fallen kann, zu deren Vertretung der Kläger auch ohne ihre Zustimmung berufen ist. So lange kein Erbschaftsstreit erhoben ist, gelten die in einem äußerlich fehlerfreien, insbesondere also in einem öffentlichen Testamente instituirten für die rechten Erben; sie haben Anspruch auf Einweisung in den Besitz

l. 3 C. de ed. D. Hadr. toll. (6, 33)

und sind gegenüber den Nachlaßschuldnern, welche mit liberirender Wirkung an sie zahlen können, legitimirt.

l. 49 D. de hered. pet. (5, 3).

3) Nach Mecklenburgischem Rechte darf freilich der Schuldner, welcher von einem angeblichen Erben seines Gläubigers besprochen wird, laut §. 1, 2 der Verordnung vom 30. Mai 1857 die Vorlegung eines den Vorschriften dieses Gesetzes ent-

sprechenden Erbenzeugnisses begehren, selbst dann, wenn der auftretende Prätendent ein öffentliches Testament für sich hat, welches weder einen ersichtlichen Fehler zeigt, noch bis dahin angefochten ist. Auf Grund eines solchen Testaments wird übrigens nach §. 7 leg. cit. das Erbenzeugniß ohne Weiteres ertheilt, sofern nicht etwa die Wahrscheinlichkeit einer noch bevorstehenden Anfechtung oder des Vorhandenseins einer jüngeren Disposition sich vermuthen läßt. Derartige Bedenken walten im vorliegenden Falle nicht ob. Der Erblasser hat das Testament, in welchem Nachkommen verstorbener Geschwister eingesetzt sind, wenige Tage vor seinem Tode errichtet, und die Möglichkeit, daß er unerwähnt gebliebene notherbberechtigte eigene Descendenten hinterlassen haben könne, ist ohne jeden thatsächlichen Anhalt bedeutungslos. Gleichwohl würden die Testamentserben, welche nach der Angabe des Klägers bereits angetreten haben, wenn sie selbst geklagt hätten, ohne Vorlegung des desiderirten Erbenzeugnisses auch nicht einmal zur Einklagung der ihren Erbtheilen entsprechenden Quoten des Libellats ausreichend legitimirt sein, sie würden ferner erst, nachdem der oder die übrigen Miterben nach Vorschrift des §. 3, 3 leg. cit. präcludirt worden wären, das Zeugniß erlangt haben, würden dann aber auch ohne Zuziehung der Präcludirten den ganzen Anspruch zu erheben berechtigt gewesen sein. Dem in einem Testamente bestellten Vollstrecker desselben wird ein besonderes amtliches Zeugniß über die ihm vom Erblasser aufgetragenen Functionen regelmäßig nicht ertheilt, es wird seiner nur etwa in dem für die Testamentserben ausgestellten Erbenzeugnisse gedacht, und es fragt sich, ob er ein solches auf Verlangen eines besprochenen Erbschaftsschuldners auch dann beibringen muß, wenn die oben im zweiten Entscheidungsgrunde dargelegten Voraussetzungen seiner Legitimation vollständig gegeben sind. Das Gesetz beantwortet diese Frage nicht, ertheilt also keine den gemeinrechtlichen Grundsätzen derogirende ausdrückliche Bestimmung in diesem Betreff, und die Erwägung, daß die vom Testamentsvollstrecker vertretenen Erben selbst, und zwar auch im Falle des §. 7 auf Erfordern des Schuldners ein Erbenzeugniß vorlegen müssen, ist für eine bejahende Antwort nicht

entscheidend, denn der Testamentsvollstrecker vertritt zwar den Schuldnern gegenüber die Erben, aber nicht als ihr Mandatar, vielmehr vollzieht er seine stellvertretende Function unabhängig von ihnen auf Grund der letztwilligen Anordnung des Erblassers, welche die antretenden Erben anzuerkennen haben. Er hat daher nicht diese Erben, sondern lediglich sich selbst zu legitimiren, und daß er zu diesem Behufe schlechthin ein Erbenzeugniß beizubringen habe und nicht auch durch andere, den zahlenden Schuldner gegen erneuerte Ansprache ebenso sichernde Mittel sich legitimiren könne, sagt das Gesetz nicht. Diesen Zweck erfüllt nach obiger Darlegung ein den Anforderungen des §. 7 entsprechendes Testament, welches dessen Vollstrecker zur Einziehung der ausstehenden Nachlaßforderungen ermächtigt, sobald Einer der eingesetzten Erben angetreten hat. Der Schuldner hat kein Interesse, alsdann noch ein Erbenzeugniß zu begehren, weil er mit voller Rechtswirkung zahlen kann, er müßte denn behaupten und eventuell zu beweisen im Stande sein, daß er selbst von einem schwebenden oder drohenden Erbschaftsstreite bereits Kenntniß erlangt habe, welcher die Rechtsbeständigkeit des Testamentes in Frage stelle. Gerade in Fällen der vorliegenden Art, wenn wegen der großen Zahl der instituirten, zum Theil an entlegenen Orten des Auslandes wohnenden Personen die Herbeischaffung des Erbenzeugnisses mit unverhältnißmäßigem Aufwande an Zeit und Kosten verknüpft sein würde, erfüllt die Bestellung eines Testamentsvollstreckers mit stellvertretender Macht den nächstliegenden Zweck, ohne Beeinträchtigung berechtigter Interessen auf dem kürzesten und einfachsten Wege die vollständige Durchführung der Nachlaßregulirung zu erreichen.

---

69. Erbschaftsklage. Ka. 1346/1870.

Aus einem Erkenntnisse vom 17. Februar 1873.

Gegenstand der Erbschaftsklage sind eben nur diejenigen Objecte, welche aus irgend einem vom klagenden Erben nicht darzulegenden Rechtsgrunde thatsächlich im Nachlaß sich befunden haben, also beim Tode des Erblassers in dessen Gewahrsam gewesen sind, mithin in jenem Zeitpunkte nicht erst durch Erhebung einer Singularklage erstritten zu werden brauchten.

L. 19 D. h. t. (5, 3),

Francke, Commentar zu diesem Pandektentitel, S. 203 ff.

Wie hienach der Beweis eines bestimmten Rechtstitels, auf Grund dessen der Erblasser die mit der **hereditatis petitio** geforderte Sache zur Zeit seines Todes besaß, zum Klagfundamente nicht gehört, so ist andererseits die nur zur Begründung einer Specialklage gehörende Thatsache, daß schon der Erblasser einen dinglichen oder obligatorischen Anspruch auf Herausgabe der Sache gegen deren jetzigen Besitzer gehabt habe, für die Erbschaftsklage ohne Bedeutung. Auf Objecte, welche dem Erblasser selbst schon bei Lebzeiten abhanden gekommen sind, findet diese Klage nur dann Anwendung, wenn dieselben von dem beklagten Besitzer durch Raub, Erpressung und Entwendung dem Erblasser genommen waren, weil der Beklagte in diesem Falle auch den Erben gegenüber als **possessor pro possessore** dasteht.

L. 14, §. 2 D. quod met. caus. (4, 2),

l. 6, §. 5, l. 22 §. 1 de act. rerum amot. (25, 2),

Franke, a. a. O., S. 140 ff.

Es versteht sich dabei ganz von selbst, daß der Erbschaftskläger die entscheidende Thatsache im Streitfalle beweisen muß, daß ihn also die principale Beweislast trifft, wenn der Beklagte sich auf eine bestimmte **causa possessionis** bezieht, mit welcher er den Vorwurf widerrechtlicher Aneignung ablehnt.

L. 13 pr. h. t. (5, 3).

Allerdings hat der mit der Erbschaftsklage auftretende Kläger seit dem Wegfall der **interrogationes in jure** kein Mittel

mehr, im Voraus darüber Gewißheit zu erlangen, ob der Beklagte sich demnächst als **possessor pro herede**, beziehungsweise **pro possessore** darstellen, oder ob er sich auf einen Besitztitel beziehen werde, welcher die Anstellung einer Singularklage nöthig gemacht haben würde, und es ist bekanntlich eine viel besprochene Frage, wie er sich zu verhalten habe, um einer solchen Eventualität wirksam zu begegnen.

Vergl. Sintenis, das pract. gem. Civilrecht, Bd. 3, §. 190, Anm. 35.

Unbedenklich wird anzuerkennen sein, daß es ihm zu diesem Zwecke freisteht, mit der **hereditatis petitio** eine die Herausgabe der geforderten Objecte begründende dingliche oder persönliche Singularklage eventuell zu verbinden, es mag auch zugegeben werden, daß er einem Beklagten gegenüber, welcher durch Bezugnahme auf einen speciellen Besitztitel seine Passivlegitimation zur Erbschaftsklage bestreitet, noch in der Replikhandlung die Klagbitte um Verurtheilung zur Herausgabe der Streitgegenstände auf ein vom Erblasser erworbenes dingliches Recht oder einen in dessen Person entstandenen obligatorischen Anspruch zurückzuführen berechtigt sei. Hält man diesen zweiten Ausweg für zulässig, und will der Kläger denselben wählen, so muß er das wenigstens bestimmt erklären, damit der Beklagte Veranlassung habe, sich im weiteren Fortgange der Verhandlungen auch auf den eventuellen Klaggrund einzulassen und dagegen erschöpfend zu vertheidigen.

III. Staats- und Kirchenrecht.

70. Freischulzen in Mecklenburg.

Sa. 254/$_{1871}$. Str.

Aus einem Bescheide vom 11. April 1872.

Das Institut der Freischulzen hat sich in Anlehnung an das ältere **officium villicationis** über die liti einer **curtis** in den germanisirten slavischen Gebieten ausgebildet: dem Freischulzen ward ein Dorf zur Besetzung mit deutschen Bauern übergeben (**villa jure Teutonico locanda**), mit ihm wurden die Leistungen der Colonen festgesetzt, für deren Abtrag er aufzukommen hatte, und ward er mit gewissen polizeilichen und richterlichen Befugnissen ausgerüstet; er besaß die ihm **pro locatione** verliehenen Hufen zu Vasallenrecht, wenn er auch nicht zu rittermäßigen, sondern zu Schulzendiensten (dem **equitare, servitium equi**) verpflichtet war; aus diesem Zusammenhange erklärt es sich auch, daß die Ausdrücke **locatio, settenike, bisethinge** geradezu für dies Schulzenamt gebraucht werden, **locatio vel scultetia**; der Freischulze war nicht bloß von den bäuerlichen Lasten, von dem **servicium** und regelmäßig von dem **census**, sondern auch von der **decima** frei, für deren Entrichtung er gleichfalls zu sorgen hatte.

Vergl. Böhlau, Mecklenburg. Landrecht I., **pag.** 25, **not.** 24, Hegel, Geschichte der Mecklenburg. Landstände, **pag.** 42—44, Zehntregister des Bisthums Ratzeburg von Arndt, Schönberg 1833, **pag.** 28 ff.,

Mecklenburg. Urkundenbuch Nr. 1859
(quinque mansos, quorum tertiam partem magistri dictae indaginis titulo locationis in feodo tenent), Nr. 4040 (Heberolle von Neukloster wegen der Freischulzen zu Celin — VI., pag. 404, Techentinerhagen, pag. 409, Arnesse, pag. 410, Zwerce, pag. 411),

von Wersebe, niederländische Colonien, II., pag. 1051, not. 29,

Codex diplomaticus Silesiae, IV., pag. 93, 144, 319,

Wohlbrück, Geschichte des ehemaligen Bisthums Lebus, I., pag. 200—230 wegen der Lehnschulzen,

Riedel, Mark Brandenburg, II., pag. 203—17 wegen der Lehnschulzen.

Die Annahme des letzteren, pag. 207, daß in Mecklenburg Freischulzen nur im Lande Stargard sich fänden, ist eine irrige, indem in allen Theilen des Landes die frühere Existenz zahlreicher Lehnschulzen aus dem Mecklenburgischen Urkundenbuche sich jetzt nachweisen läßt, vergl. z. B. Mecklenburg. Urkundenbuch, IV., pag. 465 sub voce „Roßdienst" und pag. 470 sub voce „Settenike".

Der Lehnschulze besaß aber seine freien Lehnhufen in der Dorfsfeldmark zur Bewirthschaftung mit eigenen Kräften, und erscheint daher als Glied der Dorfschaft, wenn auch als deren mehrfach bevorrechtetes Haupt. Seine obrigkeitlichen Befugnisse haben immer mehr einen untergeordneten Charakter angenommen, und die Belehnung hat ihm die Stellung einer Ortsobrigkeit nicht gegeben.

---

71. §. 108 der Gewerbeordnung vom 21. Juni 1869. Ne. 190/1872.

Ein Handwerksgeselle klagte nach Beendigung seines Dienstverhältnisses auf Zahlung eines Lohnrückstandes gegen den Meister vor dessen ordentlichem Richter mit Umgehung der Gemeindebehörde. Nach Statt gehabter Verhandlung erging ein Erkenntniß, welches der Beklagte mittels Appellation anfocht. Das Appellationsgericht ging jedoch auf die Beschwerden nicht ein, sondern cassirte das angefochtene Urtheil, weil das Gesetz den Parteien erst gegen die zuvor vom Kläger zu erwirkende Entscheidung der Gemeindebehörde den ordentlichen Rechtsweg eröffne. Auf Querel des Klägers wurde indessen das Appellationsgericht durch Resolution vom 30. Mai 1872 angewiesen, über die gegen das erstinstanzliche Urtheil vom Beklagten erhobenen Beschwerden zu cognosciren.

Denn was zunächst die vom Querulanten angeregten Bedenken betrifft, ob der vorliegende Streitfall, obwohl das Dienstverhältniß, aus welchem geklagt worden, bereits gelöst ist, doch noch auf dem im §. 108 der Gewerbeordnung für den Norddeutschen Bund vom 21. Juni 1869 vorgeschriebenen Wege zu erledigen gewesen sein würde, so läßt sich nicht leugnen, daß dieselben der Wortfassung und Tendenz des Gesetzes gegenüber ohne eine eingehende Widerlegung nicht zurückgewiesen werden könnten. Es kann indessen nach Lage der Sache davon abgesehen, und mag angenommen werden, daß zu den „Streitigkeiten, welche sich auf die gegenseitigen Leistungen während der Dauer des Arbeitsverhältnisses beziehen", alle streitigen Leistungen aus dem Dienstverhältnisse auch dann gehören, wenn der Proceß erst nach der gänzlichen Beendigung dieses Verhältnisses entsteht. Unter dieser Voraussetzung hätte der Querulant seinen Lohnanspruch, soweit für diese Angelegenheit am Wohnorte des Beklagten eine besondere Behörde nicht besteht, nach der klaren Vorschrift des Gesetzes allerdings zunächst bei der dortigen Gemeindebehörde geltend machen müssen, und erst gegen deren Entscheidung hätte den Parteien der Rechtsweg offen gestanden. Es ist ferner richtig,

daß das Gesetz die Umgehung dieser administrativen Vorinstanz selbst dann nicht gestattet, wenn die Parteien über die sofortige Beschreitung des Rechtsweges einverstanden sind. Dies ergiebt sich daraus, daß der Gesetzentwurf eine ausdrückliche, solche Vereinbarung als zulässig anerkennende Clausel enthielt, welche in Folge Reichstagsbeschlusses gestrichen wurde, weil man glaubte, daß es für den erkennenden Richter von Werth sei, ein Urtheil der den Verhältnissen näher stehenden Gemeindebehörde vor sich zu haben.

Vergl. Koller, Gewerbeordnung, Seite 140.

Dieser Behörde soll es deshalb unmöglich gemacht werden, sich der Entscheidung dadurch zu entziehen, daß sie die Parteien veranlaßt, sich sofort an den Richter zu wenden, während letzterem zwar die Befugniß zusteht, aber keineswegs bei Strafe der Nichtigkeit die Pflicht auferlegt ist, die Parteien zunächst an jene Behörde zu verweisen. Daß dies schlechthin unerläßlich sei, ist im Gesetze nicht gesagt und versteht sich keineswegs von selbst. Alle hieher gehörenden Streitigkeiten sind ihrer Natur nach wahre Justizsachen, für welche, sofern dieselben nicht zur endgültigen Erledigung an besondere Behörden (Gewerbegerichte) gewiesen sind, der ordentliche Richter des Beklagten zuständig ist. Nimmt dieser Richter die Klage an, ohne eine Vorentscheidung der Gemeindebehörde zu begehren, so ist zu supponiren, daß er den §. 108 cit. auf den gegebenen Rechtsfall nicht bezieht; seine Competenz überschreitet er damit wenigstens entschieden nicht, und wenn dann der Beklagte sich vorbehaltlos einläßt, so ist damit die Sache vor dem competenten Gerichte in völlig rechtsbeständiger Weise anhängig geworden, und der höhere Richter, an welchen dieselbe im Instanzenzuge gelangt, hat keinen Grund, das ganze Verfahren in Grundlage des §. 108 cit. wegen Unzuständigkeit des judicium a quo als nichtig von Amtswegen zu cassiren.

72. Von wem hat die Kirche die der Gemeinde obliegenden Baudienste zu fordern?

Sa. $254/_{1871}$. Str.

Bescheid vom 11. April 1872.

Es ist zwar richtig, daß eine Reihe realer kirchlicher Abgaben existirt, wie z. B. fixirte Zehnten, Meßkorn, wegen deren die Kirche oder der Inhaber der kirchlichen Pfründe sich an den einzelnen Besitzer des belasteten Grundstücks zu halten hat; dies sind aber solche, die von vorn herein so vertheilt und insbesondere hufenweise auferlegt sind; derartige Beispiele für die Pfarren Betchendorf, Wahmkow und Moisall zeigt das Mecklenburgische Urkundenbuch in den Nummern 533, 770, 1017. Bei den von der Parochie zu gewährenden kirchlichen Bauhülfen führte auf deren Zusammenhang mit den Ortschaften der Parochie schon die Art der Entstehung hin. Nach dem älteren Kirchenrechte ruhte die kirchliche Baulast auf dem Kirchengute, und wenn bei dessen Unausreichlichkeit die Kirche sich an die den Eingepfarrten obliegende Pflicht der Pietät zu wenden hatte und aus deren stetiger Uebung rechtsverbindliche Observanzen erwachsen sind,

Eichhorn, Kirchenrecht, Abschnitt IV., cap. VIII., pag. 806—809,

so brachte hier die ganze Sachlage es mit sich, daß die Kirche sich an Patron und Pfarrgemeinde im Ganzen zu wenden hatte, und daß der Beitrag der letzteren nach Ortschaften repartirt und von jeder einzelnen Ortschaft wieder subrepartirt ward. So weit die urkundlichen Zeugnisse zurückreichen, treten die Observanzen über kirchliche Bauhülfen in dieser Form hier im Lande auf. So sollen nach der revidirten Kirchenordnung von 1650, Thl. II., fol. 140 und 141, die Visitatoren darauf halten, daß die Kirchen und die geistlichen Gebäude nicht verfallen, „und so die Amtleute, Bürgermeister, Städte oder Dorfschaften in diesem nöthigen Werk unwillig sein würden, sollen die Superintendenten oder das Consistorium Anzeige davon thun, und wird sich die Herrschaft darauf also

erzeigen, daß Städte und Dorfschaften in diesem billigen Gehorsam nicht seumlich sein werden." „Imgleichen sollen sie (die Visitatoren) auch gewisse Anordnung machen, was ein jedes eingepfarrtes Dorf an der Wedeme, Küsterei und Kirchhofe bessern und bauen sollen." Es tritt hier auf das Schärfste hervor, daß die Kirche bei der kirchlichen Baulast nicht an die einzelnen Pfarrkinder, sondern an die eingepfarrten Ortschaften sich zu halten hat. Bei dem Mandat vom 20. Mai 1681, welches die Sorge für rechtzeitige Bestellung des Kirchen- und Pfarrackers durch die Gemeine und ferner das Anhalten der Eingepfarrten zur schuldigen Handarbeit, so wie den Ersatz für die wüsten Bauerstellen betrifft, richtet sich die Auflage an die fürstlichen Beamten, die von der Ritterschaft und an die Magistrate; diese sollen die Äcker wo es hergebracht zu rechter Zeit und wie es sich gebührt bestellen lassen, diese sollen ferner in den beiden anderen Stücken ihre Schuldigkeit unnachbleiblich verrichten und darunter keine Säumniß verspüren lassen. Wenn sub VIII. und IX. der Verordnung vom 15. Mai 1694 dies Mandat sub forma arctiori erneuert wird bei Androhung fiscalischer Strafe, so ergiebt sich schon daraus, daß die Verordnung sich an die im Mandat vom 20. Mai 1681 benannten Personen gerichtet haben will; dabei wird ausgesprochen, daß Diejenigen, welche die wüsten Bauerstellen im Genießbrauch haben, die nöthigen Dienste zum Bau beschaffen müssen. Das Rescript vom 14. Mai 1694 richtet sich gegen den Mißbrauch, daß die Kirchspielfuhren bei Pfarrvacanzen der Pfarrortschaft allein aufgebürdet würden, und befiehlt allen Denen, welchen die Jurisdiction über solche Ortschaften zukommt, die eingepfarrten Bauersleute und Unterthanen dahin anzuhalten, daß sie ihre Gebühr gleich anderen mit verrichten. Demgemäß sind denn auch die §§. 499 und 500 des Landesgrundgesetzlichen Erbvergleichs, wo sie der Eingepfarrten gedenken, nicht von den Pfarrkindern, sondern mindestens von den eingepfarrten Ortschaften zu verstehen. Mit dieser geschichtlichen Einleitung ist es völlig im Einklang, wenn die Schwerin'sche Verord-

nung vom 27. December 1824 die Ortsobrigkeiten kurzweg als die Eingepfarrten bezeichnet; eben die Ortsobrigkeiten sind es, welchen kraft eigenen Rechts oder auf Grund ihrer Amtsstellung die Vertretung der eingepfarrten Ortschaften obliegt. Es besteht auch eine feste und, wie aus den Schriften von Francke,

die Verbindlichkeit der Eingepfarrten 2c., 1806, Beilagen 36—49,

Beitragspflicht der Eingepfarrten 2c., 1816, §. XLIX,

erhellt, alte Praxis, wonach die Klagen der Kirche auf die Beihülfen nicht gegen die einzelnen Glieder der Parochie, sondern gegen die Obrigkeiten der eingepfarrten Ortschaften zu richten sind, so daß als eine innere Angelegenheit der letzteren die weiteren Repartitionen und Subrepartitionen erscheinen.

Entscheidungen des Oberappellationsgerichts, Bd. 3, pag. 358, 359.

Auch führt die besondere Beschaffenheit der Bauhülfe durch Dienstleistungen zu einem anderen Ergebnisse nicht. Zwar geschieht die Ableistung durch einzelne Gemeindeglieder, aber nie tritt ein unmittelbares Herrschaftsverhältniß der Kirche zu den einzelnen Pflichtigen hervor, die Ableistung geschieht immer ortschaftsweise und die Grundherrschaft hat für die rechtzeitige und gehörige Erfüllung Sorge zu tragen. Ob man nun die kirchlichen Dienste als abgezweigt aus den grundherrlichen Diensten, so daß also der Grundherr der Kirche mit seinen Bauerdiensten dient, oder als eine neben den grundherrlichen Frohnden selbständige Belastung der Hintersassen zu behandeln habe, ist für den zur Beschwerde gezogenen Punkt gleichgültig, da jedenfalls der Kirche gegenüber nicht die Einzelnen als solche, sondern die Ortschaften pflichtig sind.

---

73. Anspruch der Predigerwittwen auf ein Witthum aus den Pfarreinkünften.

Ua. 40/1871.

Eine Predigerwittwe forderte von dem Amtsnachfolger ihres verstorbenen Ehemannes als Witthum den zehnten Theil der feststehenden und den zwanzigsten Theil der accidentiellen Pfarreinkünfte auf Grund eines landesherrlichen Circularrescripts an die Superintendenten vom 7. Juli 1828. (Dasselbe ist in Raabe's Gesetzsammlung, Bd. 4, S. 29, abgedruckt, durch das officielle Wochenblatt aber nicht veröffentlicht). Der Anspruch wurde abgewiesen und das Oberappellationsgericht bemerkte zu seinem bestätigenden Bescheide vom 6. Juni 1871:

Die revidirte Kirchenordnung von 1650, Thl. 5, Fol. 279, giebt der Predigerwittwe ein festes Recht nur auf Wohnung und das Gnadenjahr. Einen Anspruch auf einen Theil der Pfarreinkünfte während des Wittwenstandes gewann sie erst, wenn ihr solcher zugebilligt wurde, und hatte der Superintendent bei Einführung des neuen Predigers zwischen ihr und demselben einen desfallsigen Contract zu vermitteln. So wird es meistens zu besonderen Bewilligungen, die nach den persönlichen und Pfarrverhältnissen verschieden ausfielen, gekommen sein.

Siggelkow, Handbuch des Mecklenburg. Kirchenrechts, §§. 210 und 211.

Schon die an die Superintendenten unterm 6. October 1784 (nach Siggelkow a. a. O. unterm 6. October 1794) erlassene Circularverordnung spricht von den wegen des Wittwengehaltes durch die Superintendenten vermittelten Contracten in einer Art, welche annehmen läßt, daß die Zusicherung eines festen Wittwengehalts aus Pfarreinkünften durch solche Contracte schon lange in Uebung gewesen. Aber unsicher blieb der Zustand, und es fehlte an einer Norm, nach welcher die Superintendenten die Auseinandersetzung der Predigerwittwen mit dem Nachfolger zu leiten und zu beschaffen hatten. Wenn nun der Landesherr, als Oberbischof, durch den Circularerlaß

vom 7. Juli 1828, zu welchem noch die Erläuterung vom 16. December 1829 gekommen ist, anordnete, wie viel von den Pfarreinkünften da, wo nicht besondere Stiftungen oder klares und constantes Herkommen ein Anderes nothwendig machen, einer Predigerwittwe in der Regel künftig allemal ausgesetzt sein solle, so ist dieselbe insoweit zwar von dem guten Willen des neuen Predigers ganz unabhängig gestellt und dem Superintendenten die Ausführung des Erlasses unter Berücksichtigung der concreten Verhältnisse und des obwaltenden Bedürfnisses vorgeschrieben, also auch das Bestimmungsrecht verliehen. Aber die Verordnung erging nur an die Superintendenten zur Nachachtung und erscheint lediglich als eine Instruction, welche sie zu befolgen haben, nicht als ein Gesetz, auf welches sich die Pfarrerswittwe zur Begründung der Klage auf $^1/_{10}$, resp. $^1/_{20}$ der Einkünfte gegen den Amtsnachfolger unmittelbar berufen darf, und welches von letzterem zur Entfernung der Klage den Nachweis des Vorhandenseins einer Stiftung oder eines Herkommens verlangt. Erst die Regelung durch den Superintendenten giebt der Wittwe ein Klagerecht.

Demnach ist, da Klägerin lediglich und unmittelbar aus der Verordnung vom 7. Juli 1828 den libellirten, durch kein Gesetz unterstützten Anspruch herleitet, die so begründete Klage mit Recht abgewiesen.







